Die Mängelrüge beim Handelskauf.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde,

welche mit

Genehmigung der Hohen Juristischen Fakultät

der

Vereinigten Friedrichs-Universität
Halle-Wittenberg

zugleich mit den angehängten Thesen

am 16. Dezember 1911, vormittags 11 Uhr

öffentlich verteidigen wird

ACAD.
LUGD BAT
BIBL.

Gotthold Gabriel
Referendar in Querfurt.

Opponenten:
Herr Referendar Dr. jur. Felix Neteband,
Herr cand. jur. Martin Boehr.

Halle a. S.
Buchdruckerei Paul Packbusch, Inh.: Wilhelm Brandt.
1911.

Meinen lieben Eltern

in Liebe und Dankbarkeit!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544726_0047

Inhalts-Verzeichnis.

Einleitung:

Die inneren Gründe und die Geschichte der Mängelrüge . § 1

Erster Teil:

Die Mängelrügepflicht.

I. Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufes . . § 2
II. Vorliegen von Mängeln . . . . . § 3
III. Nichtvorliegen von arglistigem Verschweigen . . § 4

Zweiter Teil:

Voraussetzungen der Mängelrüge.

I. Ablieferung . . . . . § 5
II. Untersuchung.
a) Zeit, Art und Umfang . . . . . § 6
b) Personen, Ort, Kosten, besondere Abreden . § 7

Dritter Teil:

Die Mängelrüge selbst.

I. Wesen und Inhalt der Mängelrüge . . . . . § 8
II. Form und Zeit der Mängelrüge . . . . . § 9
III. Personen, Kosten, Ort, Gefahr der Ankunft der Mängelrüge . . . . . § 10

Vierter Teil:

Die rechtlichen Folgen der Mängelrüge . . . . . § 11

Schluss:

Mängelrüge nach B. G. B. § 242 . . . . . § 12

Literatur-Verzeichnis.

v. Amira: Nordgermanisches Obligationenrecht Bd. I 1882.
Assmann: Die Zusendung unbestellter Waren, Jur. Diss. Göttingen 1901.
Beer in D. J. Z. 1901 S. 431: Die Zusendung unbestellter Waren.
B. G. B.-Kommentar von Reichsgerichtsräten 1910 (cit. R. G.-Komment.).
Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Bresgen: Zur Frage nach der rechtsgeschichtlichen Entwicklung der modernen kaufmännischen Rügepflicht, Jur. Diss. Würzburg 1909.
Busch: Archiv für Theorie und Praxis des allg. deutsch. Handelsrechts.
Conze: Kauf nach hanseatischen Quellen, Jur. Diss. Bonn 1889.
Cosack: Lehrbuch des deutschen Bürgerl. Rechts, Bd. I 1910.
Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts, Bd. I 1909, Bd. II 1910.
Daesler: Zur Lehre von den Voraussetzungen der handelsrechtl. Rügepflicht nach § 377 H. G. B., Jur. Diss. Erlangen 1899.
Denkschrift zu dem Entwurf eines H. G. B., aufgestellt vom Reichsjustizamt 1896 (cit. D. I).
Denkschrift zu dem Entwurf eines H. G. B., Reichstagsvorlage 1897 (cit. D. II).
Dernburg: Das bürgerliche Recht, Bd. I 1906, Bd. II 2 1906.
Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch, Bd. III 1905, Bd. I 1908.
Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von Laband, Stenglein und Staub (cit. D. J. Z.).
Eichler: Sonderbestimmungen bei der Gewährleistung für Mängel der Kaufsache nach H. G. B., Jur. Diss. Leipzig 1903.
Endemann: Handbuch des deutschen Handels-, See- und Wechselrechts, 1882.
Endemann: Das deutsche Handelsrecht, 1887.
Enneccerus: Lehrbuch des bürgerl. Rechts Aufl. 4 u. 5, Marburg 1910.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts (cit. R. O. H. G.).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (cit. R. G.).
Gareis: Das Stellen zur Disposition, Würzburg 1870 (cit. Gareis D. St.)
Gareis: Das deutsche Handelsrecht, Lehrbuch 1909.
Goldschmidt: Universalgeschichte des Handelsrechts, Stuttgart 1891.

Goldschmidt: Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht (cit. Z. H. R.).
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (cit. Gruchot).
v. Hahn: Kommentar zum deutschen Handelsgesetzbuch Bd. II 1875.
Hackert: die Begriffe „Ablieferung, Abnahme, Annahme und Empfangnahme", Jur. Diss. Rostock 1903.
Hanausek: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Ware, 1883/4.
Höher: Untersuchung der Ware nach § 377 H. G. B., Jur. Diss. Breslau 1906.
Heise und Cropp: Juristische Abhandlungen, Bd. I 1827.
Hoffmann: Die Rechtsfolgen mangelhafter Beschaffenheit der Ware nach Handelsrecht, Jur. Diss. 1904 Leipzig.
Juristische Wochenschrift, (cit. J. W.).
Henschel: Die Mängelrüge nach deutschem Handelsgesetzbuch, Jur. Diss. Greifswald 1899.
Jahrbuch des deutschen Rechts, herausgegeb. von Neumann.
Kretschmann: Über die Mangelanzeige etc., Jur. Diss. Danzig 1906.
Kipp in Kochs Festgabe, Berlin 1862.
Krüger: Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf, Jur. Diss. Leipzig 1904.
Lehmann: Lehrbuch des Handelsrechts, Leipzig 1908.
Lehmann-Ring: Das Handelsgesetzbuch für das deutsche Reich, Bd. II 1901.
von der Leyen: Der Begriff der Ablieferung im Handelsrecht in Z. H. R. 16 86 ff.
Letholz: Die Voraussetzungen der handelsrechtlichen Rügepflicht nach Art. 347, Jur. Diss. Halle 1896.
Lucas: Das Wesen der Ablieferung des § 377 H. G. B., Jur. Diss. Freiburg 1906.
Makower: Handelsgesetzbuch mit Kommentar, Bd. II 1907.
Manigk: Willenserklärung und Willensgeschäft, Berlin 1907.
Nathan: Die auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache bezüglichen Sondervorschriften der §§ 377 und 378 H. G. B., Jur. Diss. Leipzig 1908.
Neumann: Handausgabe des B. G. B. 1909.
Neumann: Rechtsprechung des R. G. in Zivilsachen, 1910.
Oertmann: Recht der Schuldverhältnisse, 1910.
Planck: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz Bd. II 1907.
Protokolle der Kommission zur Beratung eines allg. deutschen H. G. B 1858.
Recht, Das, Rundschau für den deutschen Juristenstand (cit. Recht).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdau u. Falkmann (cit. O. L. G.).

Ritter: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1910.
Roscher: Die Mängelanzeige nach § 377 H. G. B., Jur. Diss. Leipzig 1902.
Schneider: Treu und Glauben im Recht der Schuldverhältnisse des B. G. B., 1902.
Schlodtmann in Z. H. R. 37, 1 ff.
Schreiber: Die Sondervorschriften des Handelsrechts über Mangelhaftung beim Handelskauf, Jur. Diss. Leipzig 1909.
Seuffert: Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (cit. Seuff. Arch.).
Soeder: Die Mängelanzeige nach modernem Handelsrecht, Jur. Diss. Leipzig 1907.
Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 1906/7.
Staudinger: Kommentar zum B. G. B. Bd. I 1907, Bd. II 1908.
Stübel: Die Mängelanzeige im Handelsverkehr, im Sächs. Archiv Bd. 10. 405 ff.
Scheer: Die Besonderheiten der Gewährleistung für Sachmängel beim Handelskauf, Jur. Diss. Rostock 1904.
Thoel: Das Handelsrecht, Bd. I 1875.
Treitschke: Der Kaufkontrakt 1865.
Warneyer: Jahrbuch der Entscheidungen aus dem Gebiete des Zivil-, Handels- und Prozessrechts seit 1900.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 1906.
Wolff: Die kaufmännische Dispositionstellung des Art. 347 A. H. G. B. in Busch Arch. 15, 301 ff.
Zitelmann: Die Voraussetzungen für das Recht und die Pflicht des Käufers, dem Verkäufer Ware zur Verfügung zu stellen, Jur. Diss. Erlangen 1899.

Die Abkürzungen entsprechen den „Vorschlägen des deutschen Juristentages für die Art der Anführung von Rechtsquellen, Entscheidungen und wissenschaftlichen Werken". (Berlin 1905 Guttentagsche Verlagsbuchhandlung).

Einleitung.

§ 1.

Innere Gründe und Geschichte der Mängelrüge.

§ 377 H. G. B. lautet: „Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen.

Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt die Ware als genehmigt, es sei denn, dass es sich um einen Mangel handelt, der bei der Untersuchung nicht erkennbar war.

Zeigt sich später ein solcher Mangel, so muss die Anzeige unverzüglich nach der Entdeckung gemacht werden; andernfalls gilt die Ware auch in Ansehung dieses Mangels als genehmigt.

Zur Erhaltung der Rechte des Käufers genügt die rechtzeitige Absendung der Anzeige.

Hat der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen, so kann er sich auf diese Vorschrift nicht berufen."

Durch diesen Paragraphen ist im Handelsrecht dem Käufer, wenn er gegen den Verkäufer wegen eines Mangels einer ihm auf Grund eines Kaufvertrages gelieferten Ware Rechte geltend machen will, u. U. die Verpflichtung zur sog. „Mängelrüge" auferlegt. — Im bürgerlichen Recht besteht für den Käufer eine derartige Verpflichtung nicht, wenngleich auch hier die Unterlassung einer den Umständen nach nötigen Anzeige nicht ohne rechtliche

Bedeutung sein kann.[1]) — Es ist somit der Käufer nach H. G. B. ungünstiger gestellt als nach B. G. B., insofern von ihm hier mehr verlangt wird als dort; und zwar in ganz bedeutender Weise. Ja, es lässt sich nicht verhehlen, dass in den Bestimmungen des § 377 H. G. B. u. U. eine nicht unempfindliche Härte für den Käufer enthalten sein kann.[2]) Geht er doch bei auch nur geringem Verstoss gegen diese Vorschriften leicht ganz bedeutender Rechte verlustig. Wie aus den Nürnberger Protokollen zum Entwurf eines deutschen Handelsgesetzbuches[3]) zu ersehen ist, war man sich auch bei der Beratung dieser Bestimmungen der Härte derselben wohl bewusst, und Bedenken wurden deswegen erhoben. Gleichwohl hat man jene Bestimmungen in das A. D. H. G. B. aufgenommen; denn gegenüber den Bedenken überwogen triftige für Einführung jener Bestimmungen sprechende Gründe.[4])

Zunächst waren es allgemeine handelsrechtliche Prinzipien, die jene Bestimmungen forderten. Der im Handelsverkehr, besonders vor Inkraftireten des B. G. B., weit mehr als im gewöhnlichen Leben ausgeprägte Grundsatz von Treu und Glauben gebot die Normierung eines Gesetzes, das es nicht zuliess, dass eine Partei müssig zusah, wie der anderen ein vielleicht sehr bedeutender Schaden erwuchs, den sie ihrerseits mit verhältnismässig geringer Mühe abzuwenden im Stande gewesen wäre. Schaden musste aber dem Verkäufer einer Ware entstehen, wenn er von der Nichtannahme der von ihm dem Käufer gelieferten Ware nichts wusste und nichts erfuhr. Er würde dann in ständiger Ungewissheit verharren und noch lange Zeit nach seiner Vertragsleistung jeden Augenblick die Zurückweisung der Ware gewärtigen müssen, wodurch er naturgemäss in seinen sonstigen

---

[1]) cf. darüber Makower ad § 377 u. unten S. 133 ff.

[2]) cf. Stübel S. 407.

[3]) cf. Protokolle S. 661.

[4]) Protokolle S. 645; Motive z. Pr. Entwurf S. 141; R. O. H. G. 15,128.

Handlungen und Entschlüssen beeinträchtigt und behindert sein würde, manchen Vorteil sich entgehen, manchen Nachteil auf sich nehmen müsste.

Dazu kam das dem Handelsverkehr allgemein innewohnende Streben nach schneller, mit möglichst wenig Zeitverlust verbundener Abwicklung der Geschäfte.[1]). Das unnötigerweise lange Hinziehen einer Entscheidung, das Zaudern und Zögern widerstrebt dem Handelsverkehr. Beschleunigte Erledigung aller Handlungen und Rechtsgeschäfte ist ihm Lebensbedürfnis. Würden die Bestimmungen über die Mängelrüge fehlen, so blieben die von Handeltreibenden abgeschlossenen Kaufgeschäfte unnötig lange unentschieden. Bis zum Ablauf der Verjährungsfrist stände es dem Käufer immer noch frei, den Kauf durch Geltendmachung etwaiger Ansprüche aus Warenmängeln zu ändern oder aufzuheben. Das aber durfte nicht sein.

Im einzelnen wurde bei der Beratung der Mängelrügevorschriften betont,[2]) dass dem Käufer die Möglichkeit genommen werden müsste, die lange Zeit, die ihm mangels einer sofortigen Rügepflicht zur Geltendmachung seiner Rechte wegen etwaiger Mängel der gelieferten Ware bleiben würde, zur Spekulation auf Kosten des Verkäufers auszubeuten, indem er seine Entscheidung über die Geltendmachung seiner Rechte von dem Fallen oder Steigen der Preise oder von sonstigen für ihn günstigen oder ungünstigen Konjunkturverhältnissen abhängig machen würde.[3])

Dem Verkäufer gegenüber erschien es dagegen nur recht und billig, wenn man einer durch willkürliche Verzögerung der Mängelanzeige verursachten Erschwerung des Beweises der Vertrags- oder Gesetzmässigkeit der

---

[1]) R. O. H. G. 9, 52, 53; Warneyer Bd. 8 ad § 377 Nr. 14.

[2]) Protokolle S. 645; Motive z. Pr. Entwurf S. 141; R. O. H. G. 4, 48

[3]) Stübel S. 405; Lehmann, Lhb. § 169,3.

Lieferung von seiner Seite entgegentrat.[1]) Wie sollte auch ein Kaufmann, der im Verhältnis zum Nichtkaufmann eine ganz bedeutend grössere Anzahl von Kaufverträgen abschliesst, bei einem jeden von ihnen noch nach Monaten, ja eventuell nach Jahren, in der Lage sein, genau nachzuweisen, mit wem, über welche Gegenstände, unter welchen Bedingungen und unter welchen besonderen Verhältnissen er jene Verträge abgeschlossen und wie er ihnen entsprechend geliefert habe? Die verschiedensten Momente würden hier dem beweispflichtigen Verkäufer Schwierigkeiten bereiten, ja ihm vielleicht den Beweis völlig unmöglich machen, sei es, dass sie in einer Veränderung oder Nichtmehrexistenz der bei dem Geschäft beteiligt gewesenen Personen, der verwendeten Papiere, Proben, Instrumente oder sonstigen Beweismittel, sei es, dass sie in einem Untergang der Ware selbst beruhen würden.

Endlich sollte dem Verkäufer durch willkürlich verzögerte Anzeige vorhandener Mängel durch den Käufer nicht die Möglichkeit genommen werden können, die Verfügungsmöglichkeit über eine nichtempfangbare Ware möglichst bald zurückzuerlangen.[2]) Man denke nur, es handele sich um eine leicht verderbliche Ware oder die Ware sei nur mit einem Mangel behaftet, der sie für diesen Käufer zwar unempfangbar sein lässt, der jedoch für einen anderen Käufer nicht von der geringsten Bedeutung ist. Würde durch verzögerte Anzeige der Nichtempfangbarkeit einer solchen Ware dem Verkäufer die Möglichkeit zur weiteren Verfügung und zur Weiterveräusserung an jenen anderen, der Ware im Moment vielleicht sehr bedürfenden Kaufmann genommen, so könnte dadurch bedeutender Nachteil willkürlich vom Käufer verursacht werden. Derartiges durfte aber nicht angängig sein.

[1]) Stübel S. 405; Schlodtmann in Z. H. R. 37, 10.
[2]) R. O. H. G. 2, 234; Stübel S. 405.

So waren es eine ganze Reihe von Gründen, die den Gesetzgeber abhielten, den Bedenken gegen die jetzt in § 377 H. G. B. enthaltenen Bestimmungen Raum zu geben, ihn vielmehr veranlassten, die Mängelrügepflicht vorzuschreiben. — Dass der Gesetzgeber dadurch für die Kaufleute nichts völlig Neues schuf, zeigt die Geschichte der Mängelrüge.

Merkwürdigerweise kennt das römische Recht, das doch in seinem jus gentium im besonderen den Bedürfnissen auch des Handelsverkehrs gerecht zu werden bestrebt war,[1]) einen Rechtsgedanken, wie er in § 377 Ausdruck gefunden hat, noch nicht. Keinerlei auch nur annähernde Spuren von einer Mängelrüge mit im Versäumnisfalle nachfolgendem Präjudiz der Rechte des Käufers lassen sich in den römischen Quellenstellen entdecken.[2])

Dagegen zeigen sich schon Merkmale im alten germanischen Recht.[3]) Dort bestand der Rechtssatz, dass der Käufer die ihm gelieferte fehlerhafte Sache, besonders das fehlerhafte Vieh nur innerhalb einer kurzen Frist, die meistenteils auf drei Tage festgesetzt war, redhibieren konnte. Trat er innerhalb dieser Frist mit seinen Ansprüchen aus den Mängeln nicht hervor, wozu er doch naturgemäss von den Mängeln Anzeige erstatten musste, so wurde er mit seinen Rechten ausgeschlossen.[4]) Ähnliche Bestimmungen finden sich auch im angelsächsischen und alten schwedischen Rechten.[5]) — Allerdings nur Redhibitions-, d. h. Wandlungsrechte, bei denen die Ware vollständig dem Verkäufer zurückgegeben werden musste, kannten jene alten Rechte. Eine Minderung des Kaufpreises für den Fall, dass der Käufer die mangelhafte

[1]) Goldschmidt, Universalgeschichte S. 75 ff.
[2]) Hanausek II, S. 80; Eickler S, 2.
[3]) Protokolle S. 651.
[4]) Heise und Cropp S. 165.
[5]) Heise und Cropp S. 166.

Ware behalten wollte, wie sie jetzt bei uns möglich ist, war ihnen fremd.[1])

Mit der Reception des römischen Rechts wurden, wie allgemein, so auch diese deutschrechtlichen Grundsätze zurückgedrängt. Bis auf Einzelheiten, die speziell für den Viehkauf gelten, vergass man sie.[2]) Das ältere gemeine Recht nahm sie, wie man jetzt meist meint, nicht auf.[3]) [Eine allgemeine, aus dem Grundsatz von Treu und Glauben abzuleitende Pflicht zur baldmöglichsten Anzeige etwaiger Unstimmigkeiten einer bestellten Ware bestand zwar auch im gemeinen Recht, jedoch nur unter dem Rechtsnachteil, dass der Käufer, wenn er nicht anzeigte, dem Verkäufer für das Interesse haftete und den Beweis der Nichtempfangbarkeit zu führen hatte. Seine durch die Nichtempfangbarkeit begründeten Rechte wurden dadurch, dass er nicht anzeigte, nicht berührt.[4])]

Nur in einigen Partikularrechten erhielten sich die alten deutschrechtlichen Grundsätze und entwickelten sich hier weiter. Hier sind dann auch die eigentlichen Wurzeln unserer heutigen Mängelrüge zu suchen. — Als solche Partikularrechte kommen namentlich in Betracht das lübische und hamburgische Recht. Nach ihnen musste der Empfänger einer von auswärts übersandten Ware, wenn er ihrer fehlerhaften Beschaffenheit wegen ihre Annahme verweigern wollte, dies gleich am nächsten Posttage nach ihrem Empfang dem Verkäufer anzeigen. Unterliess er dies, so wurde er mit seinen weiteren Ausstellungen garnicht weiter gehört.[5]) — Auch im Nürnberger

---

[1]) Heise und Cropp S. 167; cf. auch Goldschmidt, Universalgeschichte S. 317.

[2]) Heise und Cropp S. 168.

[3]) Seuf. Arch. 4,23; dazu auch Thoel Bd. I, S 337 ff: Goldschmidt, Hdb. d. H. R. Bd. I, S. 316 ff: Eichler S. 4; Hanausek II S. 80; Windscheid § 394, S. 492; a. A. v. Kräwel ad. 377 Erl. I.

[4]) Thoel Bd. I, S. 338.

[5]) Heise und Cropp S. 184.

Recht soll die Pflicht sofortiger Untersuchung und Anzeige gegolten haben.[1])

Von den Partikularrechten ausgehend, verbreiteten sich diese Grundsätze in neuerer Zeit weiter und weiter, so dass bei den Beratungen eines allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuches mit Recht behauptet werden konnte, es sei die Pflicht der Untersuchung einer erkauften Ware, und in deren Gefolge natürlich auch die der Anzeige, im Handelsverkehr so allgemein als bestehend und unerlässlich anerkannt, dass es unmöglich sei, von derselben im Handelsgesetzbuche abzusehen.[2]) So gelangten denn die Mängelrügebestimmungen in das allgemeine Handelsgesetzbuch vom 11. III. 1861, von wo sie, allerdings mit etlichen nicht unbedeutenden Modifikationen, deren unten an den entsprechenden Stellen Erwähnung getan werden soll, in unser jetzt geltendes Handelsgesetzbuch vom 10. V. 1897 übernommen wurden.

[1]) Thoel S. 337 Anm. 25.
[2]) Nürnb. Protokolle S. 644.

Erster Teil.

Die Mängelrügepflicht.

I. Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufs.

§ 2.

Nicht in allen Fällen, bei denen man an und für sich an eine Mängelrüge denken könnte, muss der Käufer eine solche vornehmen; vielmehr ist er hierzu nur verpflichtet, wenn eine Anzahl aus dem Gesetz genau zu erkennende Erfordernisse gegeben sind. Das erste dieser Erfordernisse ist das Vorliegen eines beiderseitigen Handelskaufes. In ihm ist, wie aus der Überschrift des H. G. B. Buch III, Abschnitt II in Verbindung mit den §§ 377, 381 I zu schliessen ist, eine vierfache Forderung enthalten. Es fordert: 1. dass ein Kauf vorliegt, 2. dass dieser Kauf ein Handelsgeschäft ist, 3. dass er über Waren oder Wertpapiere abgeschlossen ist und endlich 4. dass er ein beiderseitiges Handelsgeschäft ist.

1. a) Die erste Forderung ist das Vorliegen eines Kaufes. Was unter Kauf zu verstehen ist, sagt das H. G. B. nicht. In der Verwendung des Wortes „Kauf" liegt vielmehr eine Verweisung auf das H. G. B. Dort ist nach § 433 der Kauf einer Sache — nur um diesen Fall handelt es sich hier — ein gegenseitiger Vertrag, durch den sich der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, während der Käufer dem Verkäufer den vereinbarten

Kaufpreis zu zahlen und die gekauften Sachen abzunehmen verspricht.[1])

Wenn § 377 H. G. B. allgemein von „Kauf" spricht, so liegt darin ausgedrückt, dass alles das, was im B. G. B. unter Kauf verstanden wird, auch hier für § 377 H. G. B. darunter zu verstehen ist. Es sind also mit dem Ausdruck „Kauf" in Sonderheit auch mit gemeint die im B. G. B. geregelten „besonderen Arten des Kaufes." Im A. H. G. B. war, um diesem Gedanken Ausdruck zu geben, der besondere Abs. IV des Art. 347 nötig. Dadurch, dass jetzt das B. G. B. diese besonderen Arten des Kaufes dem Begriff „Kauf" einfach unterstellt, indem es über Kauf als solchen und die besonderen Arten des Kaufes einen gemeinsamen Titel bildet mit der den ganzen Titel deckenden Überschrift „Kauf", ist ein solcher besonderer Absatz überflüssig geworden. Es findet demnach § 377 auch auf den Kauf nach Probe oder nach Muster,[2]) bei dem die Eigenschaften der Probe als zugesichert anzusehen sind (B. G. B. § 494), auf den Kauf auf Probe oder auf Besicht,[2]) bei dem die Billigung des gekauften Gegenstandes im Belieben des Käufers steht und welcher im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung dieser Billigung geschlossen ist (B. G. B. § 495)[3]) und endlich auch auf den Wiederkauf (B. G. B. § 497) und Vorkauf (B. G. B. § 503), die allerdings im Handelsverkehr selten vorkommen werden und daher hier weniger praktische Bedeutung haben, Anwendung.

---

[1]) Nicht unter § 377 fallen demnach und keiner Rüge bedarf es bei Leihverträgen, wenn die geliehene Sache in mangelhaftem Zustande zurückgewährt wird, oder bei Gesellschaftsverträgen, wenn ein Gesellschafter mangelhafte Sachen als Gesellschaftsanteil einbringt oder umgekehrt wenn ihm solche zurückgewährt werden. cf. R. O. H. G. 4, 338; Bolze 15 Nr. 377; Hanausek I 201; Lehmann-Ring § 377, Nr. 5; Zitelmann S. 40.

[2]) D II 241; Staub § 377 Anm. 1; 382 Anm. 2 ff; Düringer-Hachenburg III S. 182; Makower § 377 II b; auch schon Hanausek I 269.

[3]) cf. jedoch unten beim suspensivbedingten Kauf S. 29.

Eine im Gesetz nicht besonders hervorgehobene Art des Kaufes bildet der sog. Lieferungskauf, d. h. ein Kauf, bei dem sich der eine Teil verpflichtet, eine Sache, die er noch nicht hat, dem anderen Teil zu einem späteren Termine zu verschaffen. Er ist als ein gewöhnlicher Kauf nach § 433 ff B. G. B. zu behandeln.[1]) Die Aufnahme einer Bestimmung, wie sie der frühere Art. 338 A. H. G. B. enthielt, ist infolgedessen im jetzigen H. G. B. überflüssig geworden.[2]) [3]) — Eine Unterart des Lieferungskaufes ist der Successivlieferungsvertrag, bei dem sich jemand verpflichtet, einem anderen für eine mehr oder minder lange, möglicherweise in ihrer Dauer überhaupt nicht begrenzte Zeit, Waren bestimmter Art zu einem Einheitspreise zu liefern, wobei Zeit und Höhe der Einzellieferung in der Regel nach späteren, objektiven Momenten, insbesondere dem Bedarf des Bestellers sich ergeben sollen.[4]) Sowohl der einfache Lieferungskauf, als auch der Successivlieferungsvertrag fallen unter den Begriff „Kauf"; § 377 kommt demnach auch bei ihnen zur Anwendung.

Zweifelhaft ist es, ob auch der Elektrizitätslieferungsvertrag den Kaufregeln und somit auch § 377 untersteht. Fasst man den elektrischen Strom, wie beispielsweise Dernburg III § 1,3 als Sache auf, so könnte man wohl dahin kommen auch für ihn § 377 anzuwenden. Ohne hier auf das Wesen eines solchen Vertrages eingehen zu wollen, wird man im Endresultat wohl zu dem Ergebnis kommen, dass allgemein ein Kaufvertrag in derartigen Verträgen nicht zu erblicken ist,[5]) obwohl im

---

[1]) O. L. G. 9,32; Staub, Exk. vor 373 Anm. 13 und 377 Anm. 1; Makower 373 I a.

[2]) Staub, Exk. vor 373 Anm. 13.

[3]) Art. 338 A. H. G. B. war gerichtet gegen die Bestimmungen des A. L. R. I, 11 §§ 981—987, nach denen jeder Vertrag als Vertrag über Handlungen behandelt wurde und einem eigenartigen Rücktrittsrecht wegen veränderter Umstände unterstellt war.

[4]) Oertmann 3—4 Vorbem. ad § 433, 2, b.

[5]) Staub, Exk. vor § 377 Anm. 16; Heilfron II S. 170.

Einzelfall Elektrizität, wie Flüssigkeit oder Gase in Gefässe, so auf Akkumulatoren gefüllt und in dieser Fassung wie Ware gekauft werden kann.

b) Nicht nur auf die Verträge, die sich unter den Begriff „Kauf" subsummieren lassen, finden die Vorschriften das § 377 Anwendung. Auch die Verträge wird man jenem Paragraphen unterstellen müssen, auf die weiterhin des B. G. B die Bestimmungen über den Kauf angewendet wissen will. — An erster Stelle gehört hierher der Tausch.[1]) Wenn es in § 515 B. G. B. heisst: „Auf den Tausch finden die Vorschriften über den Kauf entsprechende Anwendung," so sind damit alle Vorschriften über den Kauf gemeint. Infolgedessen gehören hierhin nicht nur die im B. G. B. genannten Bestimmungen, sondern u. a. auch die im H. G. B. als Ergänzung des B. G. B. normierten Spezialregeln für den Handelskauf, zu welch letzteren § 377 ja auch gehört. Es muss also jetzt im Gegensatz zum früheren Recht, bei dem dies für den Tausch nicht galt,[2]) auch für den Tausch beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen des § 377 Untersuchungs- und Anzeigepflicht angenommen werden. — Dem Tausch gleichzuerachten ist das sog. eigentliche Barattogeschäft, das Torguieren, das nichts anderes als Tausch ist.[2]) — Anders verhält es sich beim uneigentlichen Barattogeschäft, bei welchem von beiden Kontrahenten Waren hingegeben werden, aber die Leistung jeden Teils zu Geld angeschlagen und festgesetzt wird, sodass entweder die Preise sich gleichstehen und durch Kompensation aufheben, oder der eine Teil dem anderen zur Ausgleichung noch eine Zahlung macht oder verspricht. Dieses uneigentliche Barattogeschäft ist kein Tausch, vielmehr liegen bei ihm zwei Kaufverträge vor, bei welchen die Kompensation des Kaufpreises bis zum entsprechenden Betrage sogleich anfangs verabredet

---

[1]) Stübel S. 409; Staub, Exk. vor § 373 Anm. 2; Lehmann-Ring § 377 Nr. 5; Makower § 377 IIIa; a. A. Hanausek I 201.

[2]) Hanausek I 201.

wurde.[1]) Dieses Geschäft untersteht nicht als Tausch, sondern schon direkt als Kauf den Bestimmungen über die Mängelrüge. — Als Besonderheit beim Tausch sowohl, wie auch beim eigentlichen und uneigentlichen Barattogeschäft, ist noch hervorzuheben, dass bei ihnen, entsprechend ihrer Doppelnatur, auf beiden Seiten einerseits sämtliche von § 377 geforderten Voraussetzungen gegeben sein müssen und andererseits, wenn dies der Fall ist, auf beiden Seiten eine Untersuchungs- und Anzeigepflicht geboten ist, da beide Parteien sowohl als Warenlieferer, als auch als Warenempfänger zu betrachten sind.[2])

Ausser dem Tausch- und Barattovertrag kommt hier in Frage der Werklieferungsvertrag. Dieser unterscheidet sich vom Kauf und dem oben erwähnten gewöhnlichen Lieferungsvertrag dadurch, dass bei ihm die zu liefernde Sache aus einem vom Unternehmer zu beschaffenden Stoffe herzustellen ist. Auch auf ihn finden gemäss § 651 B. G. B. die Vorschriften über den Kauf Anwendung, jedoch mit etlichen Einschränkungen. Man hat nämlich nach § 651 B. G. B. in Verbindung mit § 381 I H. G. B., der auch den Werklieferungsvertrag betrifft, in Bezug auf die hier interessierende Frage drei Fälle zu unterscheiden, und zwar, je nachdem es sich um vertretbare, nichtvertretbare bewegliche und nichtvertretbare unbewegliche Sachen handelt.

Handelt es sich um vertretbare Sachen, so finden gemäss § 651 I Satz 2 Halbsatz 1 allgemein Kaufregeln, also gegebenenfalls auch § 377 H. G. B. Anwendung. Was vertretbare Sachen sind, bestimmt das B. G. B. in § 91, nämlich Sachen, die im Verkehr nach Zahl, Mass und Gewicht bestimmt zu werden pflegen. Solche Sachen, die meist einen grossen Abnehmerkreis haben, werden regelmässig nach einem gewissen Typ hergestellt. Es tritt bei ihnen die zur Herstellung nötige Arbeit nach der Verkehrs-

[1]) R. O. H. G. 5, 419: Treitschke, Kaufkontrakt S. 50.
[2]) Nathan S. 23.

auffassung völlig zurück. Auch dem Besteller ist es an sich gleichgiltig, durch wen, wie, wo und wann die Sache hergestellt wird. Lediglich auf die Sache als solche kommt es ihm an.[1]) In dem Wesen dieser vertretbaren Sachen liegt der Grund, weshalb der Gesetzgeber einen Werklieferungsvertrag über solche Sachen den Kaufregeln unterstellt hat.

Handelt es sich um nichtvertretbare Sachen, so finden gleichfalls die Vorschriften über den Kauf Anwendung, jedoch gemäss B. G. B. § 651 I Satz 2 Halbsatz 2 mit der Massgabe, dass in bestimmten Beziehungen die Vorschriften über den Werkvertrag massgebend bleiben. Da sich unter den dadurch ausgeschalteten Kaufregeln auch die Gewährleistungsregeln für Mängel der Sache beim Kauf finden und § 377 zu diesen Regeln gehört, so würde nach B. G. B. auch der § 377 H. G. B. für die vorliegenden Fälle ausgeschaltet sein. Hier greift jedoch nun § 381 II H. G. B. ein und dehnt für den Fall, dass, die sonstigen Erfordernisse des (beiderseitigen) Handelskaufs vorausgesetzt, die herzustellende Sache eine bewegliche ist, die Vorschriften des Abschnittes über Handelskauf und somit auch die des § 377 über Mangelrüge auch auf Werkverträge über solche nichtvertretbaren Sachen aus.[2]) — Als unvertretbare Sachen sind im Gegensatz zu den vertretbaren anzusehen diejenigen, die mit Rücksicht auf ihre Eigenart, ihre besondere Leistung oder Anpassung an einen bestimmten Betrieb etc. durch andere nicht ersetzt werden können und auf diese Weise individualisiert erscheinen. Es trifft dies namentlich zu, wenn die Sachen

[1]) Staub § 381 Anm. 15.

[2]) Dass derartige Verträge damit überhaupt als Kaufverträge anzusehen seien und also ausschliesslich Kaufrecht auf sie anzuwenden sei, kann nicht zugegeben werden, cf. auch R. O H. G. 14, 43; D. J. Z. 03, 322; Recht 02, 560; Düringer-Hachenburg § 381 VI; Makower § 381 IIb 2; Lehmann-Ring § 381 Nr 3; Staub, Exk. vor § 373 Anm. 15 und 381 Anm. 14; a. A. O. L. G. 9, 274; Staub 6—7 Exk. vor § 373 Anm. 2; Endemann § 175 Anm. 19.

nach besonderen Wünschen und Plänen des Bestellers, oder zu einem individuellen Zweck, oder zur Erfüllung einer ganz eigentümlichen, ungewöhnlichen Aufgabe konstruiert werden. Das Hauptgewicht liegt bei ihnen nicht auf der Lieferung einer Sache der bestellten Art, sondern auf der Anfertigung, auf der besonderen geistigen Arbeit, die zur Herstellung einer Individualität aufzuwenden ist.[1])

Handelt es sich dagegen um eine nichtvertretbare unbewegliche Sache, so hat es bei der Vorschrift des § 651 I Satz 2 Halbsatz 2 sein Bewenden, d. h. gerade die Vorschriften über Sachmängelhaftung und somit auch § 377 H. G. B. bleiben ausser Betracht; Mängelrüge ist in solchem Fall nicht nötig.

Gegenüber dem A. H. G. B. bedeuten diese Regeln über den Werklieferungsvertrag eine Neuerung insofern, als jenes nur zwischen vertretbaren und nichtvertretbaren Sachen unterschied.[2]) Dass beim eigentlichen Werkvertrag, bei welchem Sachen aus vom Besteller gelieferten Stoff gefertigt werden, die handelsrechtlichen Mängelrügevorschriften auch u. U. zur Anwendung kommen, wie Nathan behauptet,[3]) kann nicht zugegeben werden. Wenn beim eigentlichen Werkvertrag, wie auch sonst, eine unverzügliche Untersuchung und Anzeige u. U. verlangt wird, so beruht dies, wie auch D. II 228 andeutet, allein auf dem Grundsatz von Treu und Glauben, nicht aber auf der positiven Norm des § 377 H. G. B. Dies ist auch der Gedanke der in R. G. 25, 91 zitierten Entscheidung, die Nathan missversteht. Die Erweiterung und analoge Anwendung derartiger singulärer Vorschriften wie die der Mängelrüge nach § 377 H. G. B. ist nicht angängig.[4])

[1]) Staub § 381 Anm. 1.

[2]) D II 245.

[3]) Nathan S. 23.

[4]) cf. Lehmann-Ring § 377 Nr. 5; Staub § 381 Anm. 18; cf. auch unten S. 133.

c) Während bei Tausch und Werkvertrag allgemein Kaufregeln für entsprechend anwendbar erklärt sind und daher aus diesem Grunde auf jene beiden Verträge beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen die Mängelrügebestimmungen für anwendbar erklärt werden mussten, so könnte man daran denken, diese auch auf diejenigen Verträge zur Anwendung bringen zu wollen, für die nur etliche Bestimmungen des Kaufrechts gelten. Da nun aber § 377, wie schon erwähnt war und wie unten noch näher zu erörtern sein wird,[1]) eine Ergänzung der Regeln des B. G. B. lediglich über Sachmängel darstellt, so scheiden zunächst alle ausserhalb dieser Regeln über Sachmängelhaftung liegenden Verweisungen aus. In Frage könnten demnach nur die in § 493 B. G. B. genannten Verträge kommen. Doch sind auch sie hier ausgeschlossen; denn da § 493 B. G. B. die Kaufverpflichtungen speziell des Verkäufers auf die dort genannten Verträge ausgedehnt wissen will, § 377 H. G. B. dagegen nur von Untersuchungs- und Anzeigepflicht, also Verpflichtungen speziell des Käufers redet, so können auch die in § 493 B. G. B. genannten Verträge nicht hierher gezogen werden, eine Mängelrügepflicht kann für sie nicht bestehen.[2])

d) Zu den Fällen, für die auf Grund einer Verweisung des B. G. B. die Mängelrüge des § 377 H. G. B. stattzufinden hat, gesellt sich ein Fall, für den nach einer Verweisung des H. G. B. die Mängelrügepflicht besteht, der Fall der sog. Einkaufskommission. Es soll nämlich nach § 391 H. G. B. auch derjenige, für dessen Rechnung ein anderer es gewerbsmässig übernommen hat zu kaufen, der Kommittent, dem anderen, dem Kommissionär, gegenüber verpflichtet sein, sofern bei ihm die auch in § 377 H. G. B geforderten Voraussetzungen gegeben sind, die für ihn eingekaufte Ware zu untersuchen und, wenn er Rechte geltend machen will, eventuell zu rügen. Im früheren Recht war dies

[1]) cf. unten S. 54 ff.

[2]) cf. Lehmann-Ring § 377 Nr. 5; Nathan 26.

anders.[1]) Dort nahm man eine Verpflichtung des Kommittenten zur Untersuchung und Rüge nur in dem Falle des sog. Selbsteintrittes des Kommissionärs an.[2]) In solchem Falle besteht ja zwischen Kommittenten und Kommissionär neben dem Kommissionsverhältnis ein einfaches Kaufverhältnis, und dieses Letzteren wegen musste die Mängelrügepflicht gelten. Auch heute noch finden auf diesen Spezialfall die Mängelrügevorschriften Anwendung, jedoch, wie bei dem oben behandelten uneigentlichen Barattogeschäft[3]) nicht infolge einer Verweisung, hier des § 391 H. G. B., sondern, weil ein eigentlicher Kauf zwischen den Parteien besteht.[4]) Was § 391 Neues bringt gegenüber dem alten Recht, ist demnach die Ausdehnung der Mängelrügepflicht auch auf den Fall, in welchem der Einkaufskommissionär nicht selbst eintritt, also gleichzeitig Verkäufer ist, sondern lediglich seine Stellung als Kommissionär einnimmt. Das berechtigte Interesse, von der Beanstandung der Ware baldmöglichst Kenntnis zu erhalten, das der Kommissionär aus ganz ähnlichen Gründen hat wie der Verkäufer, veranlasste den Gesetzgeber dazu, diese Neuerung einzuführen.[5]) — Für den Fall der Verkaufskommission bleibt, wie D II 253 ausdrücklich hervorhebt, nach wie vor die Anwendung der Mängelrügevorschriften — von dem Eintritt des Kommissionärs als Selbstkäufer auch hier abgesehen —, ausser Anwendung.[6])

e) In allen bisher genannten Fällen ist das Geltungsgebiet der Mängelrügevorschriften des § 377 erweitert worden; einen Fall kennt das Gesetz, in welchem ihr

[1]) cf. R. O. H. G. 4,328; 21,147; 25,214; D. II 253; Düringer-Hachenburg § 391 I.

[2]) cf. v. Hahn; D. II 253; Stübel 410; a. A. Hanausek I 203, 209.

[3]) cf. S. 11.

[4]) Düringer-Hachenburg § 391 II, 1; Lehmann-Ring § 391,1; Ritter § 391; Staub § 391 Anm. 1.

[5]) D. II 253.

[6]) R. O. H. G. 21,147; Makower § 391 I a.

Haltungsgebiet eingeengt ist, nämlich beim Kauf, dessen Gegenstand Vieh bildet. — Während das A. H. G. B. über den Viehkauf nichts bestimmte und es unter seiner Geltung infolge der Sonderregelung dieser Materie in einigen Partikularrechten daher bestritten war, ob der Viehhandel dem Art. 347 A. H. G. B. zu unterstellen war oder nicht, — ersteres wird man mit R. O. H. G. 25, 232 ff, Hanausek I 238 ff, Lotholz u. a. gegen R. O. H. G. 5, 320, Endemann S. 552 Anm. 47, Gareis D. St. S. 179 annehmen müssen, da einmal der Wortlaut des Gesetzes keinen Anhalt gab für die gegenteilige Annahme und auch kein innerer Grund für sie vorhanden war, — so enthält jetzt, wo besondere Regeln über den Viehkauf sich im B. G. B. befinden, auch das H. G. B. eine Sonderbestimmung hierüber. Es sollen nach § 382 H. G. B. die Vorschriften der §§ 481 bis 492 B. G. B. durch die Vorschriften des Abschnittes über den Handelskauf, zu denen § 377 ja gehört, nicht berührt werden. Diese Bestimmung bedeutet nun aber nicht etwa, dass § 377 H. G. B. bei Käufen, bei denen es sich um Vieh handelt, überhaupt nicht anwendbar sei; vielmehr ist dieser Paragraph nur ausgeschlossen einmal, wenn es sich handelt um Käufe über Pferde, Esel, Maulesel, Maultiere, Rindvieh, Schafe und Schweine,[1]) und zweitens bei solchen Käufen auch nur dann, wenn sog. Hauptmängel vorhanden sind, d. h. Mängel, wie sie die in § 482 B. G. B. in Aussicht gestellte und dementsprechend am 27. Mai 1899 ergangene Kaiserl. Verordnung näher gekennzeichnet und charakterisiert hat. Bei Vorliegen dieser beiden Merkmale können die Bestimmungen des § 377 H. G. B. weder zu Gunsten noch zu Ungunsten des Käufers angewendet werden, d. h. er braucht einerseits weder unverzüglich nach Ablieferung des Tieres dasselbe auf einen Hauptmangel[2]) hin zu untersuchen und beim

[1]) B. G. B. § 481.

[2]) wohl aber auf sonstige Sachmängel und auch auf die Mängel des § 378 H. G. B. hin, cf. Düringer-Hachenburg § 382 II.

Vorhandensein eines solchen ihn unverzüglich dem Verkäufer anzuzeigen, ohne deswegen mit seinen Rechten wegen jenes Mangels prakludiert zu werden, vorausgesetzt natürlich, dass er den Bestimmungen des § 485 B. G. B. nachgekommen ist; noch wahrt er andererseits beim Vorhandensein eines verborgenen Hauptmangels seine Rechte, wenn er ihn unverzüglich nach der Entdeckung desselben, aber nach Ablauf der in § 485 B. G. B. bestimmten Frist anzeigt.[1]) — Soweit Käufe über andere als die in § 481 B. G. B. genannten Viehgattungen geschlossen werden oder soweit es sich bei Käufen über die Viehgattungen des § 481 B. G. B. um andere als die Hauptmängel des § 482 B. G. B. handelt oder soweit gemäss besonderer Vereinbarungen die Anwendung der §§ 481 bis 492 B. G. B. ausgeschlossen ist, ist der Anwendbarkeit der Mängelrügevorschriften des § 377 H. G. B. keine Grenze gesetzt, insoweit muss vielmehr auch bei Viehkäufen die Untersuchungs- und Anzeigepflicht beobachtet werden.[2])

f) Von all den eben genannten Verträgen gilt im einzelnen noch folgendes:

Zunächst muss der Kauf — unter diesem Namen sollen im folgenden alle hier noch möglichen, oben erwähnten Verträge verstanden werden —, um für § 377 H. G. B. in Betracht zu kommen, abgeschlossen, perfekt sein.[3]) Es genügt nicht, wenn von Seiten des zukünftigen Verkäufers dem zukünftigen Käufer erst der Antrag eines Kaufes zugegangen ist, ohne dass schon eine Annahme des Antrages erfolgt wäre. Zwar ist nicht nötig, dass die Annahme expressis verbis erfolgte. Auch konkludente Handlungen, auch Stillschweigen können als Annahme gelten. Stillschweigen, speziell bei Zusendung unbestellter

[1]) Düringer-Hachenburg § 382 II.

[2]) Makower § 382 III u. IV; Düringer-Hachenburg § 382 II; Lehmann-Ring § 382; Staub § 382.

[3]) Düringer-Hachenburg § 377 III, 1; Lehmann-Ring § 377 Nr. 8; Staub, Exk. vor § 373 Anm. 22 u. 23 u. § 377 Anm. 1; R O. H. G. 10, 144.

Ware, darf jedoch nicht schlechthin gleicherachtet werden der Unterlassung der rechtzeitigen Rüge bei auf Grund schon perfekten Vertrages zugesandter Ware. Während dort das Schweigen Unterlassung der rechtzeitigen Rüge bedeutet und gemäss § 377 H. G. B. die Präklusion aller Rechte aus Mängeln zur Folge hat, ist hier seine Bedeutung von den konkreten Verhältnissen abhängig und kann teils als Ablehnung, teils als Annahme der in der Zusendung liegenden Vertragsofferte gedeutet werden. Ein Gesetz oder einen allgemeinen Handelsgebrauch, wonach der Empfänger der unbestellten Ware zur sofortigen Ablehnung verpflichtet wäre, widrigenfalls sein Schweigen als Genehmigung anzusehen sei, gibt es nicht.[1]) Erst, wenn der Kauf durch Stillschweigen als perfekt geworden anzusehen ist, kann das weitere Stillschweigen für die Mängelrüge in Betracht kommen und als ein Unterlassen der Mängelrüge mit folgender Genehmigung der Ware angesprochen werden.[2]) Ist dagegen eine Annahme des Vertrages von Seiten des zukünftigen Käufers nach den konkreten Verhältnissen nicht anzunehmen, so ist die Anwendung des § 377 H. G. B. ausgeschlossen. Wieweit nach Treu und Glauben u. U. gleichwohl eine Anzeige zu erfolgen hat, cf. unten S. 99 ff.

Wenn der Kauf zwar abgeschlossen vorliegt, d. h. Offerte und Akzept vorhanden sind, er jedoch aus irgend einem Grunde nichtig ist, so hat ein Kauf nie bestanden.[3]) § 377 H. G. B. und in Sonderheit das in Abs. II enthaltene Präjudiz der Rechte des Käufers gilt also nicht.[4]) — Wird ein an sich nichtiger Kauf von den Parteien später bestätigt, so ist die Bestätigung als erneute Vornahme zu beurteilen[3]) und erst vom Augenblick der Bestätigung an greifen dann die Regeln des § 377 H. G. B. ein.

---

[1]) R. O. H. G. 3, 43; 16, 132; Seuffert, Arch. 57 Nr. 98; Staub § 377, Anm. 199 ff.

[2]) Gareis, D. St. S. 177; Düringer-Hachenburg § 377, II 1.

[3]) B. G. B. § 141 I.

[4]) Gareis, D. St. S. 36; Lehmann-Ring § 377 Nr. 8.

Ein anfechtbarer Kauf ist abgeschlossen und perfekt. Er ist, solange er nicht angefochten wird, zu behandeln wie ein vollgiltiger Kauf und demnach gilt für ihn auch § 377 H. G. B.[1]) Im Moment jedoch, wo die rechtsgiltige Anfechtung erfolgt, fällt der Kauf in sich zusammen und steht einem von Anfang an nichtigen Rechtsgeschäft gleich.[2]) Es verliert daher das Präjudiz des § 377 Abs. II H. G. B., selbst wenn es vor der Anfechtung eingetreten und der Käufer dadurch mit seinen Rechten ausgeschlossen wäre, im Moment der Anfechtung seine Geltung. Dies kann u. U. für den Käufer einen bedeutenden Vorteil haben. Käufer hat z. B. 100 Ztr. Ware, à Ztr. 1 Mark gekauft. Die Ware ist mangelhaft, Käufer versäumt jedoch die rechtzeitige Anzeige und geht daher seiner Rechte verlustig. Nach etlicher Zeit, nachdem schon 50 Ztr. der Ware verbraucht, bemerkt Käufer die Anfechtbarkeit des Kaufes und ficht an. Dadurch gilt jetzt der Kauf als von Anfang an nichtig, er hat nie bestanden, infolgedessen konnte auch das Präjudiz des § 377 H. G. B. nicht eintreten. Die Wirkung hiervon ist, dass Käufer weder die ganzen 100 Ztr. voll, noch auch nur die schon verbrauchten 50 Ztr. mit dem vereinbarten Preis von 50 Mk. bezahlen muss. Während er die noch vorhandenen 50 Ztr. überhaupt nicht zu bezahlen braucht, haftet er für die schon verbrauchten lediglich nach Bereicherungsrecht.

Was den bedingten Kauf anbetrifft, so wirkt ein suspensivbedingter Kauf erst vom Eintritt der Bedingung an,[3]) § 377 H. G. B. findet also auf ihn bis zum Eintritt der Bedingung noch keine Anwendung;[4]) ein resolutivbedingter Kauf dagegen wirkt von Anfang an, er ist ein regelrecht bestehender Kauf, auf den daher § 377 H. G. B. auch von Anfang an Anwendung findet. Das infolgedessen

[1]) Gareis D. St. S. 36; Lehmann-Ring § 377 Nr. 8.
[2]) B. G. B. § 142 I.
[3]) B. G. B. § 158 I.
[4]) R. O. H. G. 10, 144; Lehmann-Ring § 377 Nr. 8.

eventuell eintretende Präjudiz behält bei ihm auch seine Wirkung, wenn die Resolutivbedingung eintritt. Hierin liegt ein Unterschied zum oben behandelten anfechtbaren angefochtenen Kauf.

Nach Art. 347 A. H. G. B. war im früheren Recht die Mängelrüge nur geboten bei sog. Distanzkäufen, während sie bei Platzgeschäften nicht nötig war. Nach heutigem Recht besteht in dieser Beziehung für die Mängelrüge kein Unterschied mehr.[1]) Mit Recht hebt die D. II S. 240 hervor, dass der Kaufmann bei Platzgeschäften das gleiche Interesse haben kann, schnell zu erfahren, ob ein Geschäft in Ordnung geht oder nicht, wie bei Übersendungskäufen. Man hat daher jene Unterscheidung hier als sachlich nicht gerechtfertigt fallen lassen.[2])

Kein Unterschied besteht ferner auch für die Mängelrüge darin, ob der Kauf über vertretbare oder nicht vertretbare Sachen geschlossen ist[3]) und ob er Gattungs- oder Spezieskauf ist; desgleichen nicht, ob besondere Vereinbarungen betreffs der Zahlungsmodalitäten getroffen sind, d. h. also, ob der Kauf Bar- oder Kredit- oder Vorzahlungskauf ist.[4])

2. Die zweite Forderung, die für einen Handelskauf erfüllt sein muss, ist das Vorliegen eines Handelsgeschäfts.[5]) — Der Begriff des Handelsgeschäfts ist in § 343 H. G. B. definiert als Geschäft eines Kaufmanns, das zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehört.

[1]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 7; Staub § 377 Anm. 1.

[2]) Demnach gilt die Untersuchungs- und Anzeigepflicht auch, wenn die Ware dem Käufer ins Haus gesandt wird oder er sie abholen lässt oder er sie selbst abholt. Selbst wenn ihm die Ware unmittelbar nach Geschäftsabschluss übergeben wird, tritt § 377 H. G. B. ein (cf. Lehmann-Ring § 377 Nr. 7), nur dass hier naturgemäss lediglich die Bestimmungen über heimliche Mängel werden Anwendung finden können, cf. B. G. B. § 464. Über das Verhältnis von H. G. B. § 377 und B. G. B. § 464 siehe das Nähere S. 93.

[3]) Hanausek I S. 237; Lehmann-Ring § 377 Nr. 6.

[4]) Lehmann § 165, 1.

[5]) Düringer-Hachenburg III S. 207.

Ein „Geschäft“ muss das Handelsgeschäft sein. Was unter dem Ausdruck „Geschäft“ zu verstehen ist, in Sonderheit, ob man berechtigt ist, die allgemeinen Geschäfte im Gegensatz zu den Rechtsgeschäften auszuscheiden, ob unerlaubte Handlungen als Geschäft in diesem Sinne anzusprechen sind, ob und inwieweit man einseitige, nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen hierher zu rechnen hat u. s. w., kann im Einzelfall streitig sein.[1]) Für unsere spezielle Behandlung der Mängelrüge sind jene Fragen nicht von Interesse, da der Kauf und die übrigen oben erörterten Rechtsgeschäfte sicherlich unter den Begriff „Geschäft“ fallen.

Das Geschäft muss das eines Kaufmanns sein. Was zur Kaufmannseigenschaft gehört, sagt das H. G. B. in seinem ersten Abschnitt §§ 1—7. Auch hierauf soll des Näheren hier nicht eingegangen werden. Nur einiges mag hervorgehoben werden: Es gibt nach jetzigem Recht keine absoluten oder Grund-Handelsgeschäfte mehr wie früher, d. h. Handelsgeschäfte, die den, der sie vornahm zum Kaufmann machten. — Es macht in Bezug auf die Mängelrüge keinen Unterschied, ob die beteiligten Personen Voll- oder Minder-Kaufleute sind.[2]) In beiden Fällen finden die Vorschriften des § 377 H. G. B. Anwendung (arg. e contr. § 351 H. G. B.).[3]) — Was den Zeitpunkt, in welchem die Kaufmannseigenschaft vorliegen muss, anlangt, so ist hier massgebend der Abschluss des Vertrages. Dies gilt auch beim suspensivbedingten Kauf, sodass sich für ihn hier die eigenartige Rechtslage ergibt, dass für das eventuelle Eingreifen des Präjudizes massgebend ist der Moment des Wirksamwerdens des Kaufes, also der des Eintritts der Bedingung, für das Vorliegen der Kaufmannseigen-

[1]) cf. darüber Staub § 373 Anm. 19 ff.; Cosack H. R. § 9.

[2]) Warneyer Bd. III ad § 377 Nr. 4; Stübel S. 411; Lehmann-Ring § 377, Nr. 9; Staub § 377 Anm. 2.

[3]) R. O. H. G. 15, 27; Düringer-Hachenburg § 377 II 2; Lehmann-Ring § 377 Nr. 9; Staub § 344 Anm. 1.

schaft dagegen der Moment des Kaufabschlusses.[1]) — Keine Änderung des obigen Satzes tritt ein, wenn der den Kauf abschliessende Kaufmann vor Erfüllung desselben stirbt und die Erben Nichtkaufleute sind, sodass hier auch ein Nichtkaufmann zur handelsrechtlichen Mängelrüge verpflichtet sein kann.[1]) — Liegen auf der einen oder anderen Seite zur Zeit des Vertragsschlusses die Kaufmannseigenschaften noch nicht vor, so ist dagegen die Anwendung des § 377 H. G. B. ausgeschlossen.[2]) Wird die Kaufmannseigenschaft nach §§ 2 und 3 H. G. B. erst durch Eintragung in das Handelsregister erworben, so hat diese Eintragung keine rückwirkende Kraft, auch wenn das Geschäft in dem kaufmännisch geführten und eintragungspflichtigen oder eintragungsberechtigten Gewerbebetrieb des Kontrahenten erfolgte.[2]) Der Behauptung, dass auch derjenige, der, ohne Kaufmann zu sein i. S. des Gesetzes, im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, wenigstens gegen sich die Vorschriften des § 377 H. G. B. gelten lassen müsste,[3]) kann nicht beigepflichtet werden; denn jener wird dadurch, dass er als Kaufmann auftritt, nicht zum Kaufmann. Es gelten demnach für solche Fälle lediglich die Bestimmungen des B. G. B. — Ebenso braucht ein Kaufmann, wenn er mit einem Nichtkaufmann, sich aber als Kaufmann Gerierenden abgeschlossen hat, die Pflichten des § 377 H. G. B. diesem gegenüber nicht zu erfüllen.[4])

Das Geschäft muss der Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen haben. Im Handelsgewerbe vorgenommen sind alle Geschäfte, die bestimmt sind, die Zwecke des Betriebes zu fördern, also nicht bloss die gewöhnlich im Betriebe vorkommenden, sondern auch die aussergewöhnlichen Geschäfte, sofern

---

[1]) Düringer-Hachenburg § 377 II, 2.
[2]) Düringer-Hachenburg § 377 II, 2; Lehmann-Ring § 377 Nr. 9.
[3]) Staub § 377 Anm. 2.
[4]) a. A. Staub § 377 Anm. 2.

sie dem Betriebe dienen.[1]) Im Gegensatz zu diesen Geschäften, die der Kaufmann speziell als Kaufmann vornimmt, stehen diejenigen, die er als Nichtkaufmann abschliesst, z. B. familienrechtliche, erbrechtliche, nicht sein Geschäft, sondern seine Stellung als Privatmann, Staatsbürger, Gemeindeangehöriger etc. betreffende. Da es vielfach zweifelhaft sein kann, ob ein Geschäft eines Kaufmanns speziell im Betriebe seines Handelsgewerbes vorgenommen ist oder nicht, so hat das Gesetz in § 344 Abs. I die Rechtsvermutung aufgestellt, dass die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgeschäfts gehörig anzusehen sind.

3. Sind diese drei Punkte: „Geschäft", „Kaufmannseigenschaft" und „im Betriebe des Handelsgewerbes vorgenommen" erfüllt, so liegt damit ein Handelsgeschäft vor. Soll ein Kauf, der sich als Handelsgeschäft darstellt, ein Kauf sein, wie er für die Mängelrügepflicht gefordert wird, so muss als drittes Merkmal noch hinzutreten, dass der Gegenstand des Kaufes eine Ware oder ein Wertpapier ist.[2])

Was das Gesetz unter Waren versteht, geht einmal aus H. G. B. § 1 Abs. 2 Ziff. 1, dann aber auch aus der allgemeinen Ausdrucksweise und der speziellen Verwendung des Begriffes „Ware" im Gesetz hervor. Es lassen sich demzufolge unter dem Begriff „Ware" zusammenfassen alle beweglichen Sachen, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein können.[3]) — In der Betonung des Wortes „Sache" liegt die Abgrenzung des Begriffes „Ware" nach der Seite der Rechte hin. Diese, die mit den Sachen

---

[1]) Lehmann Lhb. § 21, 2.

[2]) Düringer-Hachenburg III S. 207.

[3]) R. G. 26 43; ähnlich Endemann Hdb. II S. 7; Thoel, Lehrb. § 202; D. II 11; Düringer-Hachenburg § 1 III c; Lehmann-Ring § 1 Nr. 44 ff.; Staub § 1 Anm. 38; a. A. Makower § 1 III c. und Cosack S. 136, die unter Ware jede bewegliche Sache verstehen.

unter den gemeinsamen Oberbegriff „Gegenstand“ fallen, stellen sich dar als die unkörperlichen Gegenstände, während unter Sachen nach B. G. B. § 90 lediglich die körperlichen Gegenstände zu verstehen sind. Rechte, z. B. Forderungs-, Patent-, Urheber-, Firmen-Warenzeichenrechte etc. können somit nie Waren sein, ein Satz der selbst dann gilt, wenn die Rechte in Urkunden verbrieft oder gar in ihrer Existenz an die Existenz einer Urkunde geknüpft sind.[1]) — Beweglich müssen die Sachen sein, sollen sie als Waren angesehen werden. Mit dieser Bestimmung sind alle unbeweglichen Sachen, also Grundstücke und Bestandteile von Grundstücken den Vorschriften des Handelskaufes entzogen.[2])[3]) Massgebender Zeitpunkt für die Beweglichkeit ist hier, nicht wie oben der Abschluss des Vertrages, sondern der Moment des Eigentumsüberganges, sodass z. B. sehr wohl Früchte auf dem Halm, Holz auf dem Stamm etc. unter den Begriff der Ware fallen können.[4]) — Die beweglichen Sachen müssen Gegenstand des Handelsverkehrs sein können. Damit scheiden einmal aus dem Begriff der Ware aus alle wertlosen Sachen. Ohne Werte kein Handel.[5]) Es scheiden ferner aus, die dem Rechtsverkehr entzogenen Sachen z. B. der menschliche Körper. Es scheiden endlich aus Erscheinungen, die um Gegenstände des Rechtsverkehrs überhaupt oder auch des Handelsverkehrs zu werden, erst irgendwie spezialisiert werden müssen z. B. die freie Luft, das Wasser des Meeres, Dämpfe, Gase etc. Sind diese Erscheinungen dagegen spezialisiert, so können sie sehr

---

[1]) cf. jedoch unten S. 26.

[2]) R. G. 59, 19.

[3]) Schiffe sind bewegliche Sachen. Sie stehen den unbeweglichen nur in einigen, hier nicht in Betracht kommenden Beziehungen rechtlich gleich.

[4]) Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 21; Staub § 1 Anm. 38.

[5]) Wert können auch alte und gebrauchte Sachen haben, weshalb es für den Begriff der Ware nicht erforderlich ist, dass die Sachen neu sind, z. B. alte Bücher, Maschinen etc. cf. Stübel S. 412.

wohl auch Ware sein. — Nicht hierhin gehört der elektrische Strom, und zwar deswegen, weil ihm, obwohl er angesammelt, aufbewahrt, gemessen usw. werden kann, jegliche Körperlichkeit, also die Sacheigenschaft fehlt. Wenn er gleichwohl mitunter im Rechtsverkehr als Sache behandelt wird, so ändert dies doch an seinem Wesen nichts.[1])

Den Waren sind für unsere Frage gemäss § 381 Abs. I H. G. B. gleichgestellt die Wertpapiere.[2]) Indem das Gesetz diese Bestimmung gegenüber dem A. H. G. B. neu aufnahm, schloss es damit für den Kauf von Rechten, die nicht in Wertpapieren verkörpert sind, auch wenn dieser Kauf im Einzelfalle ein Handelsgeschäft ist, die Anwendbarkeit der Vorschriften über den Handelskauf aus.[3]) Unter Wertpapieren will das Gesetz, wie D II 244 ausdrücklich sagt, nur solche Papiere verstanden wissen, die als solche den Gegenstand des Kaufes bilden, bei denen also der Erwerb des Rechtes aus dem Papier den sachenrechtlichen Grundsätzen über den Erwerb des Rechtes an dem Papier folgt.[4]) — Wie eben die Waren, so müssen auch hier die Wertpapiere, um für § 377 H. G. B. in Betracht zu kommen, Gegenstand des Handelsverkehrs sein können. Nötig ist dazu, dass sie leicht übertragbar und sicher realisierbar sind.[5]) Zu den Wertpapieren dieser Art gehören demnach z. B. Aktien, Wechsel, Schecks, indossabele kaufmännische Verpflichtungsscheine, die sonst in § 363 aufgeführten Urkunden usw.

---

[1]) cf. dazu Staub § 1 Anm. 38; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 20 auch schon oben S. 10.

[2]) cf. auch § 1 Abs. 2 Ziffer 1 H. G. B.

[3]) D II 244.

[4]) Gierke, Deutsches Priv.-Recht II S. 105 definiert: „Wertpapier ist eine Urkunde, durch die das Subjekt des in ihr bekundeten Rechtes bestimmt wird" und Jacobi, Wertpapiere 1901 S. 23: „Papiere, deren Innehabung zur Ausübung des in ihnen verbrieften Rechts notwendig ist." — cf. auch Endemann Hdb. II S. 7 und R. G. 26, 43.

[5]) cf. Staub § 1 Anm. 39, 40; Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 27 und § 381 A II 2.

4. Sind die eben genannten drei Forderungen: 1. Vorliegen eines Kaufes, 2. der ein Handelsgeschäft ist und 3. dessen Gegenstand Waren oder Wertpapiere sind, erfüllt, so ist ein Handelskauf als vorliegend zu erachten und die meisten der Vorschriften des Buch III Abschnitt II des H. G. B. können Anwendung finden. Für die Anwendung der speziellen Mängelrügevorschriften genügt dies jedoch noch nicht. Sie fordern, wie oben schon gesagt, noch ein Weiteres, fordern einen beiderseitigen Handelskauf. Das will besagen: es genügt nicht, wenn auf nur einer Seite jene drei Erfordernisse, in Sonderheit hier das zweite, das Vorliegen eines Handelsgeschäfts gegeben sind; es muss vielmehr für beide Kontrahenten das Geschäft sich als Handelsgeschäft darstellen; beide Kontrahenten müssen Kaufleute sein. In dieser Bestimmung liegt einer der wichtigsten Abweichungen vom früheren Recht.[1]) Nach Art. 347 A. H. G. B. in Verbindung mit Art. 277 ebenda war Untersuchungs- und Anzeigepflicht auch schon bei einseitigen Handelskäufen geboten. Wenn das H. G. B. diese Neuerung einführte, so blieb es seinem Grundsatze, ein spezielles Recht für die Kaufleute zu schaffen, getreu.[2]) Diese Neuerung de lege ferenda zu missbilligen, wie Lehmann-Ring[3]) es tut, liegt m. E. kein Grund vor, da einerseits derartige scharfe Bestimmungen, wie sie in § 377 H. G. B. enthalten sind, ausser im Handelsverkehr, allgemein nicht nötig sind, andererseits sie nötigenfalls durch spezielle Parteivereinbarungen jederzeit verabredet werden können, im übrigen endlich einer zu grossen Nachlässigkeit und Schädigung im gewöhnlichen Verkehr durch den jetzt allgemein geltenden Grundsatz von Treu und Glauben[4]) genügend vorgebeugt ist.

---

[1]) Stübel S. 411.

[2]) D II 241.

[3]) Lehmann-Ring § 377 Nr 9; wie er auch Düringer-Hachenburg § 377 II 1.

[4]) cf. darüber unten S. 99 ff.

II. Vorliegen von Mängeln.

§ 3.

Das zweite Erfordernis für die Pflicht zur Mängelrüge ist das Vorliegen von Mängeln. Liegt kein Mangel vor, so ist eine Anzeige an den Verkäufer überflüssig, das Geschäft ist in Bezug auf die Ware richtig erfüllt, es ist erledigt. Nur wenn ein Mangel vorhanden ist, hat daher die Mängelrüge Sinn, nur dann ist sie nötig.

Wenn das Gesetz in § 377 schlechthin von Mängeln spricht, so meint es damit nicht jeden Mangel der Lieferung überhaupt, gebraucht das Wort „Mangel" nicht im allgemeinsten Sinne. Es denkt vielmehr bei jenem Ausdruck, wie sich daraus ergibt, dass § 377 H. G. B. eine ergänzende Sonderbestimmung lediglich für die Sachmängelhaftung des B. G. B. bildet, nur an solche sich als Sachmängel darstellende Mängel der Lieferung des Verkäufers.[1]) Es haben demnach hier auszuscheiden als für die Mängelrüge nicht beachtlich alle nicht unter den speziellen Begriff „Sachmangel" fallende Mängel. In erster Linie hat man da zu denken an sog. Mängel im Recht i. S. des § 434 B. G. B. d. h. an Mängel, die sich dadurch ergeben, dass der Verkäufer dem Käufer den Gegenstand nicht frei von Rechten verschafft hat, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können.[2]) Es gehören hierher Belastungen des gekauften Gegenstandes sowohl mit dinglichen Rechten, Pfandrechten, Nutzungsrechten etc., als auch Belastungen mit obligatorischen Rechten, Miete, Pacht etc., als auch Belastungen mit sonstigen Rechten z. B. Veräusserungsverboten. — Aber auch Mängel der Zusendungshandlung d. h. Abweichungen von der

[1]) Stübel S. 422; Makower § 377 IV a.
[2]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 18; Makower § 377 IV c 1.

vertrags- oder gesetzmässigen Leistung in Bezug auf Ort, Zeit, Art und Weise der Lieferung rechnen nicht allgemein zu den Sachmängeln, wiewohl im Einzelfalle nicht vertrags- oder gesetzmässige Art und Weise der Lieferung sich als Mängel der Sache i. S. des § 377 H. G. B. darstellen kann.[1]) Endlich fallen nicht unter die Sachmängel des § 377 Abweichungen vom vereinbarten Preise.[2])[3])[4])

Was im einzelnen unter dem Ausdruck „Mangel“ im S. des § 377 H. G. B., was unter Sachmangel zu verstehen ist, sagt das B. G. B. in § 459. Darnach hat man zwei Arten von Sachmängeln zu unterscheiden: 1. Fehler, die den Wert oder die Tauglichkeit der Sache zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder mindern, und 2. Fehlen von zugesicherten Eigenschaften.

Daraus, dass das Gesetz die Fehler in Gegensatz stellt zum Fehlen von zugesicherten Eigenschaften, ergibt sich, dass es den Begriff „Fehler“ in Beziehung setzt zu den gewöhnlichen Eigenschaften der Sache, dass es unter Fehlern das Fehlen von den gewöhnlichen Eigenschaften der Sache verstanden wissen will. Ob solche gewöhnlichen Eigenschaften fehlen, soll nach dem Gesetze ermessen werden an dem Wert oder der Tauglichkeit der Sache. — Mit dem Ausdruck „Wert“ ist hier der objektive Verkehrswert ge-

---

[1]) R. O. H. G. 15303 ff; Bolze 12, 457; 14425; 21481; Warneyer Bd. 8 ad 377; Bd. 3 ad 377 Nr. 7; Recht 12, 22, 42; Hanausek 253; Endemann 692 ff.; Lehmann-Ring § 377 Nr. 14 ff.; Düringer-Hachenburg § 377 III S. 127; Makower § 377 IV c 6; Staub § 377 Anm. 8.

[2]) Hanausek 252; Nathan S. 5; Lehmann-Ring § 377 Nr. 13; Makower § 377 IV c 2; Staub § 377 Anm. 10.

[3]) Über sog. Quantitätsmängel, die ja auch zu den Sachmängeln im e. S. nicht gehören, cf. unten S. 34 ff.

[4]) Wird überhaupt nicht geliefert, so kann von einem Mangel keine Rede sein, cf. unten S. 52. Ähnlich, wenn zwar eine Sendung geliefert wird, dieselbe jedoch keine Ware enthält, also eine blosse Scheinlieferung ist. cf. auch unten S. 43 Anm. 2.

meint, nicht etwa auch der subjektive, der Affektionswert.[1]) Letzterer kann höchstens u. U. in Betracht kommen bei der Frage der Tauglichkeit. Die Tauglichkeit einer Sache, ihr Gebrauchswert, kann in Beziehung gesetzt werden zu den Zwecken, denen eine Sache dieser Art gewöhnlich zu dienen pflegt oder zu den Zwecken, denen sie nach dem speziellen Vertrage dienen soll. Soll sie zu den letzteren Zwecken in Beziehung gesetzt werden und soll ein Fehlen von den Eigenschaften, die sie für diese Zwecke haben müsste, als Fehler angesehen werden, so ist nötig, dass diese Zwecke beim Vertragsabschluss dem Verkäufer gegenüber zum Ausdruck gebracht worden sind. Wenn der Verkäufer von diesen Zwecken überhaupt nichts wusste oder nur zufällige, mit dem Vertragsabschluss nicht im Zusammenhang stehende Kenntnis davon hatte, so kann ein derartiges Fehlen ihm gegenüber nicht als Mangel in Betracht kommen.[2]) War dagegen beim Vertragsschluss ausdrücklich oder überhaupt auf den Zweck hingewiesen oder handelte es sich um einen Zweck, den Waren der bestimmten Art gewöhnlich haben, und entbehrt die Sache einer für diesen Zweck nötigen Eigenschaft, durch welche die Tauglichkeit oder der Wert der Sache aufgehoben oder auch nur gemindert würde, so liegt ein Fehler vor, so ist Sachmangel gegeben. — Welcher Art im einzelnen die fehlenden Eigenschaften sind, ob psychisch oder physisch, ob chemisch oder technisch, ob nationalökonomisch oder ästhetisch,[3]) ob tatsächlich oder rechtlich, ob in der Gegenwart, Vergangenheit oder Zukunft liegend,[4]) ob in Beziehung zu Personen oder Sachen oder lokalen Verhältnissen stehend, ist an sich gleichgiltig.[5]) Nur allein in Bezug auf ihre Grösse und Wichtigkeit stellt das Gesetz eine besondere Forderung auf: die fehlende

---

[1]) Staudinger § 459 III 1a, Staub § 377 Anm. 39.
[2]) Düringer-Hachenburg III S. 127.
[3]) Staub § 377 Anm. 5 u. 39.
[4]) R. G. 52, 2; Makower § 377 IV b 2 d.
[5]) Düringer-Hachenburg III S. 126.

Eigenschaft darf nicht unerheblich für den Wert und die Tauglichkeit sein.[1]) Für die Erheblichkeit eines Fehlers ist die Höhe der zur Beseitigung nötigen Kosten nicht massgebend, wenn auch nach äusserlicher Behebung des Mangels der Verkehrswert durch fortbestehenden Fehlerverdacht gemindert bleibt.[2]) Der Wert der Sache als solcher ist keine Eigenschaft der Sache.[3]) Er ist vielmehr nur das Produkt der die Elemente darstellenden Eigenschaften. Die Art der Verpackung dagegen, ja selbst die Etikettierung kann sich als Eigenschaft der Ware darstellen, besonders wenn die Ware in einer bestimmten Verpackung oder unter einer bestimmten Etikettierung gehandelt zu werden pflegt.

Ausser den Mängeln, die in dem Fehlen einer gewöhnlichen Eigenschaft bestehen, kommen hier auch diejenigen in Betracht, die in dem Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft beruhen. Der Unterschied zwischen diesen und den obengenannten Mängeln liegt darin, dass bei ihnen eine Erheblichkeit wie oben nicht gefordert wird. Auch die leiseste Abweichung von der Zusicherung stellt sich vielmehr bei ihnen schon als Mangel dar.[4]) Was das Wesen der Zusicherung einer Eigenschaft selbst angeht, so ist in ihr kein Urteil enthalten, vielmehr ist sie die Behauptung einer Tatsache,[5]) für die einzustehen der Verkäufer auf Verlangen des Käufers diesem gegenüber in bindender Weise sich bereit erklärt. Es liegt also bei ihr die Übereinstimmung des auf ein bestimmtes Ziel gerichteten Willens beider Parteien vor. Soll die Zusicherung wirksam sein, soll sie überhaupt als solche gewertet werden, so muss dieser Wille deutlich zum Ausdruck gekommen sein. Dass er ausdrücklich oder gar unter Anwendung bestimmter Worte wie „zusichern", „garan-

---

[1]) B. G. B. § 459 I 2.

[2]) Makower § 377 IV b; Staub § 377 Anm. 10.

[3]) R. G. 61, 86; 59, 242; Makower § 377 IV b 2 β; Staub § 377 Anm. 39 u. 42.

[4]) Staub § 377 Anm. 44.

[5]) Düringer-Hachenburg III S. 130.

tieren“ etc. hervorgehoben werde, ist nicht nötig. Konkludente Handlungen genügen.[1]) — Stets als zugesichert gelten kraft B. G. B. § 494 die Eigenschaften einer Probe beim Kauf nach Probe. — Einer bestimmten Form bedarf es, wenn nichts besonderes ausgemacht ist, für die Zusicherung nicht. In der Regel wird sie die Form des Hauptgeschäfts teilen, nötig ist dies jedoch nicht.[2]) — Der Inhalt der Zusicherung kann sich auf alle Arten von Eigenschaften der Sache beziehen. Dass die Sache durch die zugesicherte Eigenschaft einen besonderen Wert bekommt, ist nicht erforderlich.[3]) Auch die gewöhnlichen Eigenschaften können zugesichert werden, was dann zur Folge hat, dass auch schon die geringsten Abweichungen als Mängel gelten. Ob die zugesicherte Eigenschaft überhaupt möglich ist, ob ihr Fehlen infolge Verschuldens des Verkäufers oder ohne solches erfolgt, ist dabei unwesentlich. Auch macht es nichts aus, ob der Verkäufer in persona oder ein Dritter mit seiner vorherigen oder nachfolgenden Zustimmung zugesichert hat.[4]) Voraussetzung der Zusicherung ist dagegen, dass sie ernstlich gemeint ist. Marktschreierische Reklame und sonstige allgemeine Anpreisungen, noch dazu, wenn sie der Käufer als solche erkennen konnte oder gar musste, können nicht als Zusicherung angesehen werden.[5]) Dass die Zusicherung stets in Kausalzusammenhang mit dem Abschluss des Geschäftes gestanden haben, dass sie für ihn bestimmend gewesen sein muss, ist nicht unbedingt erforderlich. Es genügt, dass ernstlich zugesichert worden ist.[6])

Mag es sich um einen Mangel kraft Gesetzes oder um das Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft handeln, in beiden Fällen ist es ohne Bedeutung für das Vorhandensein eines

[1]) Düringer-Hachenburg III S. 128; Staub § 377 Anm. 41.

[2]) a. A. Makower § 377 IV b 2 α.

[3]) Düringer-Hachenburg III S. 131: Makower § 377 IV b 2 β.

[4]) Makower § 377 IV b 2 δ.

[5]) Düringer-Hachenburg III S. 128: Makower § 377 IV b 2 α; Roscher S. 14; Staub § 377 Anm. 41.

[6]) Düringer-Hachenburg III S. 131; a. A. Staub § 377 Anm. 41.

Mangels, ob der Verkäufer den Fehler oder das Fehlen der zugesicherten Eigenschaft kannte oder nicht und ob ihn ein Verschulden in Bezug auf den Mangel trifft oder nicht.[1])

Als Ort, an welchem ein Mangel vorhanden sein muss, kommt der Erfüllungsort in Betracht;[2]) als Zeitpunkt dafür ist massgeblich der Moment des Eigentumsüberganges.[3])

Was im besonderen die Mängel bei Wertpapieren anlangt, so hat man auch bei ihnen gesetzliche und zugesicherte Eigenschaften zu scheiden. Zu den gesetzlichen Eigenschaften gehört hier, dass das Wertpapier börsenmässig lieferbar ist. Im einzelnen ist dazu erforderlich zunächst, dass das Papier als solches keine Fehler aufweist, d. h. dass es nicht zerrissen, beschmutzt, unleserlich ist, dass es nicht gefälscht und frei von Rasuren ist.[4]) Es gehört ferner dazu, dass es der börsenmässigen Form genügt, dass der Inhalt das Papier überhaupt als Wertpapier im oben erwähnten[5]) Sinne kennzeichnet, dass es auch den sonstigen Börsenvorschriften entspricht, z. B. dass es gestempelt ist, wenn solches börsenmässig vorgeschrieben ist.[6]) Endlich gehört zu den gewöhnlichen Eigenschaften eines Wertpapiers, dass sich bei dem Papier die üblichen Nebenpapiere befinden, wie Zinsscheine, Dividendenbogen, Talons etc.[7])[8]) — Wird bei einem Kauf von Aktien oder Kuxen das Vorhandensein bestimmter wirtschaftlicher Verhältnisse zugesichert, so liegt in dieser Zusicherung keine Zusicherung von Eigenschaften des Wert-

[1]) Düringer Hachenburg III S. 132; Makower § 377 IV b 2 α.

[2]) Heilfron § 21 S. 235.

[3]) Ritter § 377 Anm. 1 c; Staub § 377 Anm. 45.

[4]) Makower § 377 IV c 1 A α 1; Staub § 377 Anm. 10.

[5]) cf. S. 26.

[6]) R. O. H. G. 20, 419 ff.; Düringer-Hachenburg § 381 III 5 c; Makower § 377 IV c 1 A α 3; Staub § 360 Anm. 1.

[7]) R. O. H. G. 1, 166; 10, 309; Hanausek II 372; Düringer-Hachenburg § 377 III 5 c; Makower § 377 IV c 1 A α 2; Staub § 381 Anm. 10.

[8]) Das Fehlen von Nebenpapieren will Lehmann-Ring § 381 Nr. 2 und Lehmann in Z. H. R. 51, 381 nicht als Sachmangel, sondern als Mangel nach § 378 H. G. B. bezeichnen; doch zu Unrecht, cf. Düringer-Hachenburg § 381 A II 2 b.

papiers, vielmehr nur von Eigenschaften anderer Gegenstände.[1]) — Rechtsmängel scheiden auch hier bei den Wertpapieren aus. Wenn daher das Recht aus einem Papier überhaupt noch nicht oder nur zum Teil übertragen ist, so können die Mängelrügevorschriften nicht Anwendung finden.[2])

Die Vorschriften über die Mängelrüge hat das H. G. B. ausgedehnt auf Fälle, in denen ein Sachmangel im eigentlichen Sinne nicht vorliegt oder wenigstens nicht vorzuliegen braucht, in denen jedoch, wie D II 243 hervorhebt, die ratio der Mängelrüge in gleicher Weise zutrifft wie dort. Es sind dies die Fälle, in denen eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge[3]) der Ware geliefert ist.[4]) Die schwierige Unterscheidung zwischen diesen Mängeln der Lieferung und den eigentlichen Sachmängeln, die vielfach unbilligen und unbefriedigenden Entscheidungen, zu denen man auf Grund der früheren Bestimmungen gekommen war und hatte kommen müssen, und die innere Unbegründetheit der Unterscheidung, die das A. H. G. B. in Bezug auf die Mängelrüge hier machte, hatten den Gesetzgeber veranlasst, diese Bestimmung gegenüber dem A. H. G. B. neu in das H. G. B. aufzunehmen.

Nicht jedoch ohne Einschränkungen wurden die Mängel, die in der Lieferung einer anderen als der bedungenen Ware oder in der Lieferung einer anderen als der bedungenen Menge der Ware beruhen, denen des § 377 gleichgestellt. Das Gesetz engte vielmehr die Gleichstellung durch zwei Bedingungen ein, die in den Worten ihren Ausdruck finden: „sofern die gelieferte Ware nicht

---

[1]) a. A. Staub § 381 Anm 12; cf. darüber auch Düringer-Hachenburg § 381 A II 2 d.

[2]) D II 244; R. G. 10, 170; Makower § 377 IV c 1 β.

[3]) Unter Menge ist hier jedes quantitativ bestimmbare Mass gemeint, also sowohl die Anzahl der Stücke, als auch die Flächen-, Hohl- oder Längenmasse. Düringer-Hachenburg § 378 III, 2.

[4]) H. G. B. § 378.

offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste." — Weshalb Düringer-Hachenburg[1]) diese Einengung für bedauerlich glaubt halten zu müssen, leuchtet nicht recht ein. Es ist vielmehr durch sie einer schikanösen Ausnutzung der Mängelrügevorschriften durch den Verkäufer gegenüber dem so schon durch jene Vorschriften schlechter gestellten Käufer in gerechter Weise Mass und Ziel gesetzt. Fehlte jener einengende Zusatz, so würde der Verkäufer ja den Käufer durch jede beliebige, von einer bestellten Ware noch so sehr abweichende Lieferung, die in keiner Beziehung mit der bestellten auch nur annähernde Ähnlichkeit hat, zur Mängelrüge zwingen und ihm im Versäumnisfalle ganz beträchtlichen Schaden zufügen können. Das aber wäre unbillig, und daher ist jene Beschränkung angebracht.

Zahlreiche Fälle lassen sich denken und kommen auch vor, in denen ein Quantitätsmangel sich gleichzeitig als Qualitätsmangel darstellt. Hier bedarf es dann nicht des Umweges über § 378 mit seinen Einschränkungen, um zu einer Mängelrügepflicht zu gelangen, es findet vielmehr dann § 377 direkt Anwendung.[2]) — Die Grenze zwischen beiden Mängelarten, die um der Rechtsfolgen der erstatteten Mängelrüge doch zu ziehen ist,[3]) ist durch die Bestimmung des § 378 nicht schärfer gezogen, sie ist nach wie vor flüssig und eine Entscheidung vielfach schwierig. Anhalt für eine richtige Entscheidung in dieser Richtung kann in verschiedenen Momenten gegeben sein, so z. B. in der Auffassung, welche unter den Handeltreibenden herrscht, in dem Zweck, dem die Sache dienen soll, in sprachlichen Unterscheidungen, darin ob die gelieferte Sache aus der bestellten entstehen konnte, in

---

[1]) Düringer-Hachenburg III S. 299.

[2]) Bolze 15, 372; Z. H. R. 26, 547; R. O. H. G. 15, 303; Z. H. R. 38, 212; Düringer-Hachenburg § 378 III 2; Staub § 377 Anm. 6.

[3]) cf. S. 94. u. 97.

Quantitätsbezeichnungen (10pfündig), in Gradbezeichnungen (gut, fein, superfein)[1]) etc. Oft wird man auch von der Teilbarkeit oder Unteilbarkeit der Sache auszugehen haben. Ist die Sache unteilbar und enthält sie wesentliche Abweichungen von der vertragsmässigen Lieferung in Bezug auf die Grösse, so wird man regelmässig einen Qualitätsmangel anzunehmen haben. Unteilbar aber ist dasjenige Ganze, bei dem der Wert eines Teiles ein geringerer Bruchteil des Ganzwertes ist, als der Teil Bruchteil des Ganzen; teilbar dagegen dasjenige Ganze, dessen Teil einen denselben Bruchteil des Ganzen darstellenden Teilwert behält.[2]) — Jedoch auch selbst dann noch, wenn eine an sich teilbare Sache gegeben ist, kann ein Quantitätsmangel als Qualitätsmangel zu betrachten sein, wenn nämlich Ausscheidung des Zuviel ohne Wertveränderung zwar möglich, jedoch kostspielig und zeitraubend ist.[3])

Sind Abweichungen einer tatsächlichen von einer nach dem Vertrage vorgeschriebenen Leistung nicht als Qualitätsmängel und auch nicht als Mängel im Sinne des § 378 zu betrachten, so kommen sie für die Mängelrügebestimmungen nicht in Betracht.

III. Arglistiges Verschweigen.

§ 4.

Zu den in den §§ 2 und 3 der Abhandlung genannten positiven Erfordernissen gesellt sich noch ein weiteres, ein negatives. Es darf nämlich nach § 377 Abs. 5, soll die Mängelrügepflicht bei Vorliegen der oben erörterten Erfordernisse für den Käufer geboten sein, der Mangel der Ware vom Verkäufer nicht arglistig verschwiegen sein.

[1]) Schlomka in Busch Arch. V 187.
[2]) Makower § 377 IV c 3; Staub § 377 Anm. 6.
[3]) Staub § 377 Anm. 7.

Schon das A. H. G. B. enthielt in Art. 350 eine ähnliche Vorschrift. Es sprach dort vom Betruge. Jetzt ist dieser Ausdruck „Betrug“ durch den des „arglistigen Verschweigens“ ersetzt.[1]) In dieser Abweichung vom früheren Ausdruck liegt nicht nur eine formelle, sondern auch eine materielle Änderung des alten Rechtes.[2]) Es bildet der Begriff des „arglistigen Verschweigens“ eine wesentliche Erweiterung gegenüber dem allerdings früher stark bestrittenen Begriff Betrug,[3]) insofern als für den früheren Betrug ein eingetretener Erfolg nötig war, was für das arglistige Verschweigen jetzt nicht gefordert wird.[4]) — Dass die besondere Hervorhebung der Wirkung des arglistigen Verschweigens hier gegenüber dem B. G. B., das jetzt die allgemeinen Bestimmungen über Arglist etc. als nicht nur im Handelsverkehr, sondern allgemein geltendes Recht in sich aufgenommen hat, noch nötig ist, findet seinen Grund darin, dass jene allgemeinen Regeln auf die spezielle Genehmigung des § 377 H. G. B. als einer fingierten Willenserklärung keine Anwendung finden kann.[5])

Der Begriff des „arglistigen Verschweigens“ lässt sich bestimmen als ein Nichterwähnen von Mängeln in der Absicht, den Käufer zu täuschen.[6]) — Zum Verschweigen einer Tatsache, zu deren Nichterwähnen, ist eine Kenntnis derselben erforderlich. Es liegt das im Begriff des Verschweigens, des Nichterwähnens begründet. Nur was man kennt, kann man verschweigen. Dass die Kenntnis eine ganz genaue ist, dass also der Verkäufer beispielsweise genau Art, Umfang etc. der an der Ware vorhandenen Mängel kennt, ist nicht nötig. Ja nicht

---

[1]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 74; Makower § 377 VII b 1; Staub § 377 Anm. 148; D II 225.

[2]) a. A. Makower § 377 VII b 1.

[3]) Protokolle 318 ff. Düringer-Hachenburg § 377 IX.

[4]) cf. unten S. 39 a. E.

[5]) D II 242.

[6]) R. G. 55, 214; Neumann 1910 S. 730 IV 1 a; Düringer-Hachenburg III S. 295 u. § 377 IX; Plank ad § 443.

einmal eine genaue Kenntnis von der Existenz eines Mangels überhaupt darf stets verlangt werden. Vielmehr kann u. U. auch schon bei berechtigten Zweifeln des Verkäufers über die Nichtexistenz des Mangels arglistiges Verschweigen vorliegen, wenn nämlich der Verkäufer mit der Möglichkeit der Mängelexistenz rechnen musste.[1]) Grob fahrlässige Unkenntnis der Mängel auf Seiten des Verkäufers muss der Kenntnis hier gleicherachtet werden, da sie der Diligenz eines ordentlichen Kaufmanns widerspricht. Dagegen kann einfache fahrlässige Nichtkenntnis dem Verkäufer noch nicht zum Nachteil gereichen.[2])

Mängel, die der Verkäufer kennt oder grobfahrlässiger Weise nicht kennt, muss er verschwiegen haben. Der Ausdruck „verschweigen" ist hier extensiv zu interpretieren. Nicht allein das Nichterwähnen ist mit ihm gemeint, also ein rein passives Verhalten; vielmehr auch eine aktive Tätigkeit, die dazu angetan ist, die Mängel der Kenntnis des Käufers zu entziehen, d. h. ein Täuschen, muss als Verschweigen angesehen werden; z. B. wenn der Verkäufer einen Mangel verdeckt oder eine nichtvorhandene Eigenschaft vorspiegelt.[3]) Speziell in solcher Vorspiegelung liegt ja doch einerseits die Behauptung des Vorhandenseins bestimmter Eigenschaften, andererseits aber auch gleichzeitig das Nichterwähnen des Nichtvorhandenseins derselben.

Ein Verschweigen der Mängel allein hebt jedoch die Verpflichtung zur Mängelrüge noch nicht auf. Es muss vielmehr Arglist hinzukommen, d. h. das Bewusstsein oder gar die Absicht, den Käufer zu schädigen, also ein Moment, welches das Verschweigen unwürdig und rechtswidrig erscheinen lässt.[4]) Auf Seiten des Käufers ist dazu notwendig, dass er das Vorhandensein der Mängel

[1]) Düringer-Hachenburg § 377 IX; Staub § 377 Anm. 149.
[2]) J. W. 05, 79, 16; 05, 629, 3; Makower § 377 VII b 1.
[3]) R. G. 66, 337; J. W. 09, 309; Ritter § 377 5 b.
[4]) R. O H. G. IV 319; Stübel S. 422.

tatsächlich nicht kennt oder wenigstens nach der Meinung des Verkäufers nicht kennt. Auf Seiten des Verkäufers dagegen, dass er 1. den Mangel kennt,[1]) 2. von der Nichtkenntnis des Käufers weiss oder sie doch annimmt und 3. weiss oder damit rechnet, dass der Käufer bei Kenntnis des Mangels den betreffenden Kaufvertrag nicht abschliessen bezw. die Leistung als Vertragserfüllung nicht rechtzeitig zurückweisen würde.[2]) — Keine Arglist liegt vor, wenn der Käufer die Mängel kennt und der Verkäufer dies weiss. Ja selbst, wenn der Käufer die Mängel nicht kennt, der Verkäufer aber seine Kenntnis berechtigter Weise annehmen konnte, kann von Arglist keine Rede sein. Eine Pflicht des Verkäufers, den Käufer auf jeden ihm selbst bekannten Mangel, von dem er berechtigter Weise annehmen konnte, dass auch der Käufer ihn kennen würde, da jeder normale Mensch ihn kennen würde, aufmerksam zu machen, besteht auf keinen Fall. Insoweit hat der Käufer kein Recht auf Wahrheit gegenüber dem Verkäufer.[3]) Es gilt vielmehr der alte deutschrechtliche Satz: „Augen für Geld" oder „Wer die Augen nicht auftut, tut den Beutel auf". Nur wenn das Verschweigen rechtswidrig war oder auch nur unwürdig oder als gegen Treu und Glauben verstossend erschien, also z. B. wenn der Verkäufer Sachverständiger ist und die völlige Laienhaftigkeit des Käufers kennt, kann eine Redepflicht für den Verkäufer konstatiert werden. — Dass eine strafrechtlich verfolgbare Handlung in dem Verschweigen liegt, ist nicht erforderlich.[4])

Welchen Erfolg das Verschweigen hat, ob der Käufer infolgedessen die rechtzeitige Mängelrüge tatsächlich ver-

---

[1]) Darüber cf. S. 37.

[2]) cf. dazu R. G. 62, 302; 1, 300; Recht 08, 263, Z. H. R. 40, 515; Makower § 377 VII b 1; Ritter § 377 13 g; Warneyer Bd. 4 ad § 377 Nr. 58; Staub § 377 Anm. 149.

[3]) Düringer-Hachenburg § 377 IX b; Makower § 377 VII b 1; Staub § 377 Anm. 148; R. G. 1, 300.

[4]) Düringer-Hachenburg § 377 IX c.

absäumt, ist für das Vorliegen der Arglist ohne Bedeutung. Hier zeigt sich der Unterschied der „Arglist“ des neuen und des „Betrugs“ des alten Rechts, zu dessen wesentlichen Begriffsmerkmalen ja, wie schon betont (cf. S. 37), das Eintreten des mit der Täuschung beabsichtigten Erfolges gehörte.[1]) Zwar hat man auch für das arglistige Verschweigen eine unbedingte Kausalität für die Unterlassung der rechtzeitigen Mängelrüge gefordert[2]); jedoch mit Unrecht. Das R. G[3]) hat zu dieser Frage in eingehender Erörterung Stellung genommen und seine prinzipielle Entscheidung dahin getroffen, dass Kausalität zwischen unterlassener Mängelrüge und arglistigem Verschweigen nicht nötig ist. Fast alle neueren Kommentare und Lehrbücher haben sich, soweit sie nicht schon vorher diese Ansicht vertreten, dem R. G. angeschlossen.[4]) Die Folge dieser Auffassung ist, dass man auch eine versuchte arglistige Täuschung als wirksam bezeichnen muss,[5]) dass allein die Vorstellung der Wirksamkeit des Verschweigens auf Seiten des Verkäufers und das tatsächliche Schweigen zur Aufhebung der Mängelrügepflicht des § 377 H. G. B. genügt, dass, selbst wenn die Unterlassung der Mängelrüge aus anderen Gründen, selbst aus solchen, die der Käufer zu vertreten hat, erfolgte, gleichwohl der Verkäufer sich nicht auf die Vorschriften des § 377 H. G. B. berufen kann.

Dass die Wirkung des arglistigen Verschweigens sich nur auf die Mängel bezieht, die tatsächlich verschwiegen sind, ergibt sich von selbst und braucht kaum ausdrücklich hervorgehoben zu werden.[6]) — Gleichgiltig ist es, ob das arglistige Verschweigen bei Abschluss oder bei Erfüllung

[1]) Protokolle S. 318 ff; Düringer-Hachenburg § 377 IX.

[2]) R. O. H. G. 5, 324; Staub 6—7 Aufl. ad § 377 Anm. 139.

[3]) R. G. 55, 210 ff.

[4]) cf. Düringer-Hachenburg § 377 IX d; Makower § 377 VII b 1; Staub § 377 Anm 148; a. A. Lehmann-Ring § 377 Nr. 74.

[5]) Warneyer Bd. III ad § 377 Nr. 38; D. J. Z. 8, 453.

[6]) Makower § 377 VII 2 b; Staub § 377 Anm. 154.

des Vertrages stattfand,[1]) gleichgiltig desgleichen, ob es durch den Verkäufer selbst oder durch eine von ihm beauftragte Person, einen Bevollmächtigten oder einen Gehilfen erfolgte.[2]) — Wieweit der Verkäufer in solchen Fällen für Gehilfen haftet, kann zwar zweifelhaft erscheinen; doch wird man Staub[3]) folgend, den Verkäufer sowohl nach § 831 B. G. B. als auch, da Vermeidung der Arglist als Vertragspflicht anzusehen ist, nach § 278 B. G. B. haftbar machen müssen.[4]) — Ein vertraglicher Ausschluss der Haftung für arglistiges Verschweigen ist, da § 377 Abs. 5 H. G. B. jus cogens enthält,[5]) unwirksam.

[1]) R. O. H G. 2, 191; O L. G. 16, 127; Warneyer Bd. 7 ad § 377 Nr. 13; Düringer-Hachenburg § 377 IX; Makower § 377 VII b 1; Staub § 377 Anm. 150.

[2]) Staub § 377 Anm. 151; Makower § 377 VII b 1.

[3]) Staub § 377 Anm. 151.

[4]) a. A. Makower § 377 VII b 1.

[5]) B. G. B. § 476.

Zweiter Teil.

Voraussetzungen der Mängelrüge.

I. Ablieferung.

§ 5.

Als Voraussetzung für die Mängelrüge kommt nach § 377 H. G. B. in erster Linie in Betracht die Ablieferung der Ware durch den Verkäufer. — In doppelter Hinsicht ist diese Ablieferung für die Mängelrüge bedeutungsvoll.[1]) Erstens bildet sie die innere Grundlage für die Untersuchungs- und Anzeigepflicht überhaupt, für die Untersuchungspflicht, weil es ein legislatorischer Nonsens wäre, wollte man sie dem Käufer aufbürden, ohne ihm die Möglichkeit für die Untersuchung gegeben zu haben — das geschieht aber durch Ablieferung der Ware an ihn —, für die Anzeigepflicht, weil sie ohne Ablieferung ihrer inneren Begründetheit bar wäre. Alle Gefahren, die Spekulation des Käufers auf Kosten des Verkäufers, die unbillig lange währende Entziehung der Verfügungsmöglichkeit des Verkäufers über die Ware, die Erschwerung des Beweises der Vertrags- oder Gesetzmässigkeit derselben, — sie alle, die durch die rechtzeitige Mängelrüge beseitigt werden sollten, würden von Seiten des Käufers garnicht zu befürchten sein, wenn die Ware nicht an ihn

[1]) Eigenartig ist die Ansicht von Roscher S. 30, 31, der die Ablieferung als Voraussetzung der Untersuchung, nicht aber der Mängelanzeige betrachten will.

abgeliefert wäre. — Zweitens aber ist die Ablieferung hier insofern von Bedeutung, als sie den Ausgangspunkt für die Bestimmung der Rechtzeitigkeit der Untersuchung und demzufolge auch für die der Anzeige bildet. Von ihrer Vollendung an beginnt jene im Gesetz durch das Wort „unverzüglich" charakterisierte Frist für die Untersuchung und Mängelanzeige zu laufen.

Trotz dieser äussersten Wichtigkeit der Ablieferung für die Mängelrüge herrscht doch keineswegs völlige Klarheit darüber, was man unter dem Begriff „Ablieferung" zu verstehen hat. Noch im Jahre 1871 sprach allerdings v. d. Leyen[1]) von ihm, als bereite er nicht die geringsten Schwierigkeiten. Streit sei, so meint er, eigentlich bis dahin noch nicht über ihn ausgebrochen und auch er wolle, wie er ausdrücklich betont, den schon vorhandenen Kontroversen keine neue hinzufügen. Gleichwohl beginnt seit jener Zeit ein Schwanken in der Begriffsbestimmung, eine Unsicherheit in der Auffassung, eine Unsicherheit, die zwischen der nur immer möglichen weitesten bis zu der nur immer möglichen engsten Auffassung labiert. Im wesentlichen streitet man darum, ob man unter Ablieferung einen streng einseitigen Akt zu verstehen habe, oder ob es zur Vollendung der Ablieferung noch einer Zustimmung des Käufers bedürfe. Sowohl, dass schon allein das Gewähren der Untersuchungsmöglichkeit ohne auch nur eine sonstige weitere Handlung von Seiten des Verkäufers zur Ablieferung genüge,[2]) als der weitesten, wie auch dass ein wesentlich zweiseitiger Akt, der wie jedes Geben und Nehmen ein Zusammenwirken zweier Personen, des Abliefernden und des Empfängers, bedinge,[3]) für die Ablieferung nötig sei, als der engsten Begriffsumgrenzung, ist behauptet worden.

---

[1]) v. d. Leyen in Z. H. R. 16, 86 ff.
[2]) R. O. H. G. 11, 66.
[3]) R. G. 52, 399; cf. auch R. O. H. G. 24, 29 u. J. W. 14, 46.

M. E. ist unter Ablieferung zu verstehen derjenige einseitige Akt des Verkäufers, durch den dieser dem Käufer die Erfüllung seiner ihm nach dem Vertrage obliegenden Pflichten der Besitz- und Eigentumsübertragung an der gekauften Ware in der Weise anbietet, dass jener in der Lage ist, die ihm angebotene Erfüllung sofort anzunehmen.[1]) Als wesentliche Punkte sind demnach hervorzuheben:

Die Ablieferung ist ein einseitiger Akt des Verkäufers. Auf eine Mitwirkung des Käufers kommt es in keiner Weise an.[2])[3]) Wollte man eine Mitwirkung des Käufers als der Ablieferung wesentliches Merkmal annehmen, so würde damit die Ablieferung vom Willen des Käufers abhängig sein, der Käufer würde in der Lage sein, sie jederzeit zu verhindern und dadurch dem Verkäufer u. U. bedeutenden Schaden zufügen können. Das darf nicht angängig sein.

Die Ablieferung ist jedoch nicht in der Weise einseitig, dass jedes Lieferungsangebot als Ablieferung angesehen werden müsste. Es muss vielmehr die Lieferung der gekauften Ware angeboten werden.[4]) Wird eine nicht gekaufte Ware angeboten, d. h. ist entweder überhaupt kein Kaufvertrag zwischen den Parteien geschlossen, oder ist zwar ein Kaufvertrag geschlossen, weicht aber die angebotene Ware offensichtlich in der Weise von der gekauften ab, dass der Verkäufer die Genehmigung derselben durch den Käufer als ausgeschlossen betrachten müsste, dass sie als eine alia res sich darstellte, oder wird

[1]) Ähnlich R. O. H. G. 3, 389, 392; 5, 394; 6, 167; Gruchot 43, 763; 53, 1069; 54, 1058; R. G. 5, 28 ff; Hackert S. 10; Recht 13, 1807 und 3008; 14, 782; Dernburg[3] 2 § 189 IV 1, § 190 II 1; Endemann § 135 S. 487; Hanausek II 28 ff.

[2]) Düringer-Hachenburg § 377 II 3; Krüger 32; Roscher S. 33; Makower § 377 III a 1.

[3]) Insoweit gibt es also keine versuchte Ablieferung cf. ctr. S. 45 Anm. 2.

[4]) Stübel 417 ff; a. A. v. d. Leyen a. A. O. S. 86 u. Hanausek II 35.

auch nur sonst, mit Ausnahme von Mängeln, nicht dem Vertrage entsprechend geliefert, sei es dass Ort, Zeit, Art und Weise oder Preis der Lieferung nicht vertrags- oder gesetzmässig sind,[1]) so kann zwar der Käufer das Angebot annehmen, und damit würde dann Ablieferung vorliegen. Nötig ist dies jedoch nicht. Weist der Käufer in solchen Fällen das Angebot ausdrücklich zurück, so vereitelt er damit die Ablieferung.[2])[3]) — Anders, wenn die tatsächlich gekaufte Ware angeboten wird. Hier besteht nach B. G. B. § 433 II für den Käufer die Pflicht zur Abnahme,[4]) mag die Ware im einzelnen Falle auch mit Mängeln behaftet sein.[5]) Der Käufer muss die ihm angebotene Ware abnehmen. Da mit der Abnahme nun aber auf jeden Fall die Ablieferung als erfolgt anzusehen ist und der Käufer zu dieser Abnahme verpflichtet ist, so wird man billigerweise die Vollendung der Ablieferung nicht davon abhängig machen dürfen, ob der Käufer seinen Verpflichtungen nachkommt oder nicht. Man wird vielmehr in diesen Fällen auch bei ausdrücklicher Verweigerung des

---

[1]) z. B. auch wenn statt der eigentlichen Ware ein leeres Behältnis geliefert wird, cf. Busch 17, 288; v. d. Leyen S. 108 III a. A. Busch 18, 358.

[2]) Nur insoweit kann man von versuchter Ablieferung sprechen. Versuchte Ablieferung jedoch genügt für § 377 nicht, cf. R. O. H. G. 24, 29; Stübel 417.

[3]) Ablieferung liegt selbst dann nicht vor, wenn der Käufer trotz Zurückweisung des Angebots gestattet, dass die Ware zunächst in seinem Lager aufbewahrt werde, R. O H. G. 15, 55; R. G. 5, 32; Bolze 19, 535; a. A. Makower § 377 III a 2 b u. Gruchot 43, 763.

[4]) Unter Abnahme ist lediglich der tatsächliche Hergang der Entgegennahme und Fortschaffung der Ware zu verstehen. Sie ist streng zu scheiden von der Annahme des § 464 B. G. B. — Die Vorschrift des § 464 wird durch die Abnahme in keiner Weise berührt. (cf. auch unten S. 93 über 464.)

[5]) cf. Lehmann D. J. Z. 02, 493; Jacobi in Iherings Jahrb. 45, 273 ff; Oertmann im Recht 13, 617 ff. a. A. Staub Exkurs vor 374 Anm. 42; Dernburg II 2 § 185 II und Makower Vorbem. vor 375, 376 S. 1173.

Lieferungsangebots die Ablieferung als vollendet ansehen müssen, wenn der Verkäufer trotz der Abnahmeverweigerung des Käufers seinerseits Besitz nnd Eigentum aufgibt oder schon aufgegeben hat.[1] [2])

Durch den einseitigen Akt des Verkäufers soll dem Käufer die Besitz- und Eigentumserlangung an der gekauften Sache angeboten werden, es soll dem Käufer durch den einseitigen Akt die Möglichkeit gewährt werden, Besitz und Eigentum an der Ware zu erlangen. Dass der Käufer von dieser Möglichkeit tatsächlich Gebrauch macht, ist nicht nötig. Es ergibt sich dies aus dem oben Gesagten. Allein die Möglichkeit genügt; diese aber muss er haben in beider Beziehung, sowohl in Bezug auf Besitz- als auch auf Eigentumserlangung. Es genügt zur Ablieferung nicht, dass die Ware tatsächlich in seiner Gewalt ist, ohne dass er rechtlich darüber verfügen kann.[3]) War demnach z. B. die Ware schon vor Kaufabschluss in seinem Besitz und erfolgte nach Kaufabschluss der Eigentumserwerb durch brevi manu traditio, so ist Ablieferung i. S. des § 377 erst mit Kaufabschluss als vollendet anzusehen, denn erst hiermit erlangte der Käufer die rechtliche Verfügungsmöglichkeit über die Ware.[4])

Was speziell den Besitz anbetrifft, so ist es für die Ablieferung gleichgiltig, ob dem Käufer die Möglichkeit zur Erlangung des unmittelbaren oder mittelbaren Besitzes gewährt wird. Es genügt, wenn der Verkäufer dem vom Käufer beauftragten Spediteur, Frachtführer, Lagerhalter etc.

---

[1]) Dies ist der einzige Fall, bei dem der Verkäufer den Besitz aufgeben muss, wenn Ablieferung zustande kommen soll.

[2]) cf. Düringer-Hachenburg § 377 II 3; R. O. H. G. 2, 253; R. G. 5, 31; Bolze 16, 416; O. L. G. 11, 141; a. A. Staub § 377 Anm. 16; Makower § 377 III a 2 c; R. O. H. G. 24, 29; Roscher 35.

[3]) R. G. 5, 28 ff; Hanausek II 28.

[4]) so scheinbar auch Ritter § 377, 13 d; a. A. Hanausek I 216 und Lehmann-Ring § 377 Nr. 33.

unmittelbaren Besitz, dem Käufer dagegen nur mittelbaren Besitz überträgt.[1])

Dass der Verkäufer seinerseits, abgesehen von dem oben S. 46 erwähnten Falle, Besitz aufgibt, ist nicht erforderlich.[2]) Ablieferung kann vielmehr auch vorhanden sein, wenn z. B. zwischen dem Verkäufer und dem Käufer eine besondere Vereinbarung getroffen ist, derzufolge der Verkäufer verpflichtet ist, nach der eigentlichen Besitz- und Eigentumsübertragung die Ware noch eine bestimmte Zeit für den Käufer aufzubewahren.[3]) — Besitz- und Eigentumsübertragung kann auch erfolgen durch Übergabe von Konnossementen, Lade- und Lagerscheinen. Es ist also auch mit ihrer Übergabe Ablieferung erfolgt.[4]) Nicht dagegen genügt die Übergabe von Frachtbriefen, Postpaketadressen[5]) etc., wenn der Frachtführer oder die Post u. s. w. im Auftrage des Verkäufers handelt; denn damit ist weder Besitz noch Verfügungsmöglichkeit über die Ware gegeben. Handeln der Frachtführer, die Post etc. nicht im Auftrag des Verkäufers, sondern des Käufers, so war die Ablieferung der Ware schon mit der Auslieferung derselben an diese erfolgt. Die spätere Erlangung des Frachtbriefes, der Paketadresse etc. kommt daher in solchen Fällen für das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer garnicht mehr in Betracht. — Dass in den Fällen, in denen Ablieferung dadurch erfolgt, dass zwischen Verkäufer und Käufer ein Rechtsverhältnis vereinbart ist, vermöge dessen der Käufer nur den mittelbaren

---

[1]) Hanausek II 31, 6; Lehmann-Ring § 377, 24; Warneyer Bd. 8 ad § 377 Nr. 19; a. A. R. G. 5, 31; Bolze 14, 430; teilweise auch Düringer-Hachenburg § 377 III 3 c.

[2]) Dernburg § 185 IV 1.

[3]) R. G. 33, 25 ff; Lehmann-Ring § 377 Nr. 32; Ritter § 377 13 d.

[4]) So auch Hackert S. 16; a. A. Hanausek II 34 Anm. 7 a; Düringer-Hachenburg § 377 II 3; Lehmann-Ring § 377 Nr. 23; Staub § 377, Anm. 16.

[5]) R. G. 5, 32; Warneyer II ad § 377, 18; O. L. G. 6, 91; Staub § 377 Anm. 16.

Besitz erlangt, während der Verkäufer den unmittelbaren Besitz behält, und auch in den Fällen, in denen Ablieferung durch Konnossement etc. erfolgt, die Gefahr besteht, dass die Erlangung des unmittelbaren Besitzes und demzufolge auch der Möglichkeit für den Käufer die Ware höchstpersönlich zu untersuchen und also Mängel zu entdecken, erst gegeben ist, wenn die Geltendmachung der Mängel infolge Verjährung ausgeschlossen ist, wie Makower[1]) gegenargumentierend geltend machen will, kann für die Ablieferung nicht bestimmend sein. Dieselbe Gefahr besteht kraft Gesetzes in gleicher Weise bei sämtlichen sog. heimlichen Mängeln. Durch besondere Parteivereinbarung kann ihr aber dort wie hier in leichter Weise abgeholfen werden. — Selbstverständlich ist es, dass der Käufer von der ihm gewährten Besitz- und Eigentumserwerbsmöglichkeit wissen muss. Ablieferung kann demnach nicht vorliegen, wenn der Verkäufer ohne Wissen des Käufers die Ware im Lager desselben niedergelegt hat. Erst mit der entsprechenden Benachrichtigung kann von Ablieferung die Rede sein, denn erst dann ist der Käufer in der Lage, tatsächlich von der ihm gewährten Erwerbsmöglichkeit Gebrauch zu machen.[2])

Die Besitz- und Eigentumserwerbsmöglichkeit muss gewährt werden durch jenen einseitigen Akt des Verkäufers. Erlangt der Käufer diese Möglichkeit in anderer Weise, z. B. durch Zufall[3]) oder durch einen Dritten[4]) oder durch eigenmächtige Wegnahme der Ware widerwillen des Verkäufers, so kann darin keine Ablieferung im Sinne des § 377 liegen.[5]) — Dass der Verkäufer persönlich sich

---

[1]) Makower § 377 III a 1.

[2]) Bolze 23, 502; R. G. 5, 31; Hackert S. 16, 17; Lehmann Ring § 377 Nr. 24; Stübel 417; Staub § 377, Anm. 16; ähnlich auch Warneyer 6 ad § 377 Nr. 3 und Düringer-Hachenburg § 377 II 3.

[3]) Stübel 417.

[4]) R. G. 5, 31.

[5]) scheinbar a. A. Staub § 377 Anm. 16.

bei der Ablieferung betätigt, ist nicht unbedingt nötig.[1]) Die Ablieferung durch einen beauftragten[2]) Stellvertreter hat die gleiche Bedeutung, wie ein persönliches Handeln des Verkäufers. — Auch unmittelbarer Besitzer braucht der Verkäufer nicht zu sein, noch je gewesen zu sein.[1]) Wenn z. B. der Verkäufer, um die Ware liefern zu können, sie sich von einem Dritten verschaffen muss und er diesen Dritten beauftragt, nicht erst an ihn, den Verkäufer, sondern direkt an den Käufer zu leisten, so gilt die durch den Dritten erfolgte Ablieferung an den Käufer als Ablieferung auch durch den Verkäufer. — Und umgekehrt gilt das Gleiche; auch dass der Käufer persönlich sich bei der Ablieferung betätige, dass er unmittelbarer Besitzer wird, ist nicht erforderlich.[3]) Ja, es lassen sich Fälle denken, bei denen weder Verkäufer noch Käufer je unmittelbare Besitzer gewesen sind und die Ablieferung gleichwohl als durch sie erfolgt anzusehen ist, wenn nämlich der dem Verkäufer gegenüber als Verkäufer auftretende Dritte, von dem Verkäufer beauftragt, direkt an den Käufer zu liefern, von diesem weiter beauftragt wird, an einen dem Käufer gegenüber als Käufer auftretenden Vierten zu leisten.

Dass der Käufer infolge der Ablieferung die rechtliche Möglichkeit die Ware zu untersuchen haben muss, braucht nicht ausdrücklich hervorgehoben zu werden. Es ergibt sich das als selbstverständlich daraus, dass er die Verfügungsmöglichkeit über die Ware hat. Wer über eine Ware verfügen kann, muss auch in der Lage sein, sie zu untersuchen, denn „verfügen" ist gegenüber dem „untersuchen" der weitere Begriff. — Dagegen muss mehrfachen Unklarheiten in der Ausdrucks-

---

[1]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 26.

[2]) Vom Käufer beauftragt muss der Stellvertreter sein Ist daher z. B. der Transporteur beim Distanzkauf vom Verkäufer beauftragt, so kann Ablieferung i. S. des § 377 erst vorliegen, wenn dieser die Ware dem Käufer überbringt, cf. Endemann § 135 S. 487.

[3]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 27.

weise und teilweise auch direkten Unrichtigkeiten gegenüber betont werden, dass weder eine sofortige tatsächliche, noch eine persönliche Untersuchungsmöglichkeit für den Käufer mit der Ablieferung gefordert wird.[1]) Würde nach dem Gesetz in der Ablieferung die sofortige tatsächliche Untersuchungsmöglichkeit mit enthalten sein sollen, so hätte der Wortlaut des Paragraphen anders formuliert sein müssen. Es hätte etwa heissen müssen: „. . . so hat der Käufer die Ware sofort bei der Ablieferung zu untersuchen." Nun fordert das Gesetz aber nur ein: „unverzüglich nach der Ablieferung;" ja, es fügt sogar noch hinzu: „soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist." Durch diese doppelte Erweiterung der Zeit für die Vornahme der Untersuchung bringt der Gesetzgeber klar und deutlich zum Ausdruck, dass er selbst eine sofort bei der Ablieferung vorliegende tatsächliche Untersuchungsmöglichkeit nicht immer erwartet, dass er selbst sie für die Ablieferung nicht fordert, dass er sie als für den Begriff der Ablieferung unwesentlich erachtet.

Was die Ablieferung bei sog. Teilleistungen, d. h. Leistungen, bei denen der einzelne geleistete Teil als selbständiges Vertragserfüllungsobjekt vom Verkäufer und Käufer gewollt und als solches dem Käufer erkennbar gemacht ist,[2])[3]) anbetrifft, so gilt in Bezug auf den Begriff der Ablieferung nichts besonderes. Anders ist es in Bezug auf

---

[1]) Darauf, dass vielfach eine sofortige tatsächliche Untersuchungsmöglichkeit als mit der Ablieferung gegeben angenommen worden ist und dass nicht scharf genug erkannt worden ist, dass, wer rechtlich über eine Sache verfügen kann, dieselbe auch zu untersuchen in der Lage ist, ist m. E. das Schwanken in der Begriffsbestimmung zurückzuführen. Auch die jüngeren Entscheidungen kranken an diesem Fehler und weichen daher trotz gleichlautender Definition in den weiteren Ausführungen von einander verschiedentlich ab. cf. Recht 13, 1807; 13, 3008; 12, 3119; Neumann, Rspr. i. Civ.-S. 1910 S. 773; J. W. 05, 79.

[2]) Warneyer Bd. 5 ad 377 Nr. 15; Ritter § 377, 13 a; Staub § 377, 178.

[3]) Den Gegensatz zur Teilleistung in diesem Sinne bildet der Fall, bei dem der Verkäufer nach dem Vertrage die ganze Ware auf ein Mal zu liefern hat, wie es auch nach B. G. B. § 266 grundsätzlich

die Zeit der Untersuchung und der Anzeige.[1]) — Ebenso ist es mit der Ablieferung von Stichproben, Ausfallmustern etc. Dass in ihrer, der Proben, Ablieferung ipso jure stets die Ablieferung der Ware zu erblicken sei, wie wohl behauptet worden ist,[2]) kann nicht als richtig befunden werden.[3]) Wohl aber können die Parteien vereinbaren, dass die Ablieferung von Proben etc. in Bezug auf die Mängelrügevorschriften der Ablieferung der ganzen Ware gleichstehen soll.[4]) Derartige Parteivereinbarungen ändern jedoch an dem eigentlichen Begriff der Ablieferung nichts. — War der Käufer schon vor Abschluss des Kaufes im Besitz der Ware, so wird man konsequent auch hier Ablieferung im Sinne des § 377 erst als vorliegend betrachten können, wenn der Käufer auf Grund des Kaufes und der daraufhin erfolgten Eigentumsübertragung durch sog. brevi manu traditio auch rechtlich über die Ware verfügen kann.[5])

Ist der Verkäufer z. B. von Maschinen, Öfen etc. verpflichtet, noch besondere Montierungshandlungen vorzunehmen, so hat man zu scheiden, ob jene Verpflichtung aus dem Kaufvertrage oder aus einem neben diesem abgeschlossenen besonderen Vertrage entspringt. Im ersten Falle braucht erst nach Vornahme der Montierungshandlung dem Kaufvertrag entsprechend abgenommen zu werden, also auch erst dann liegt Ablieferung vor; im zweiten Fall ist die Ab-

---

die Regel ist, jedoch aus Zweckmässigkeits-, Bequemlichkeits- oder sonstigen Gründen die Ware tatsächlich in zeitlich nacheinander liegenden Momenten liefert. In solchen Fällen ist die Ablieferung erst mit der Lieferung des letzten Teiles der Ware erfolgt.

[1]) cf. darüber unten S. 59 u. 84.

[2]) Recht 13, 145.

[3]) Unter einem Ausfallmuster versteht man, je nachdem es sich um eine bereits hergestellte oder um eine noch herzustellende Ware handelt, entweder eine Probe, die aus einer bereits vorhandenen Ware entnommen ist, oder ein probeweise hergestelltes Stück der Ware, aus dem die Beschaffenheit der künftig herzustellenden Ware erkannt werden kann. Recht 14, 779.

[4]) Recht 12, 615.

[5]) cf. schon oben S. 46.

lieferung schon mit Erlangung der Verfügungsmöglichkeit über den zu montierenden Gegenstand vollendet, die Montierung hat hier nur Bedeutung für die Untersuchung und Anzeige, die infolge davon eventuell später stattzufinden haben.[1])

Über Ort und Zeit der Ablieferung bestimmt das Gesetz nichts ausdrücklich. Beide sind dort und dann gegeben, wo und wann der Akt der Ablieferung tatsächlich stattgefunden hat.[2]) Findet Besitz- und Eigentumsübertragungsangebot an verschiedenen Orten oder zu verschiedenen Zeiten statt, so ist für Ort und Zeit der Ablieferung das zuletzt ergangene Angebot massgebend.[3])

Hat eine Ablieferung im obigen Sinne nicht stattgefunden, so ist die Anwendung der Mängelrügevorschriften des H. G. B. ausgeschlossen; es liegt alsdann meist Nichtleistung des Verkäufers vor, der Verkäufer befindet sich im Leistungsverzug und B. G. B. § 326 greift daher Platz.[4])

II. Die Untersuchung der Ware.

a) Zeit, Art und Umfang der Untersuchung.

§ 6.

Um über das Vorliegen von Mängeln im Einzelfall möglichste Sicherheit zu gewähren — die blosse Vermutung der Mangelhaftigkeit würde eine Rügepflicht noch nicht entstehen lassen[5]) — bestimmt das Gesetz als weitere Voraussetzung, dass der Käufer unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer die Ware, soweit dies nach ordnungs-

[1]) cf. unten S. 55 u. 58. Ähnlich auch Düringer-Hachenburg § 377 II 3 c) u. Ritter § 377 13 d auch Hackert S. 19.

[2]) R. O. H. G. 3, 389 u. 391; 5, 396; 6, 303; 11, 41; 66; Düringer-Hachenburg § 377 II 1 ad b d d; Lehmann-Ring § 377 Nr. 24; Ritter § 377 13 d; Endemann S. 704; Ähnlich auch Warneyer Bd. 8 ad § 377.

[3]) Recht 13, 3008.

[4]) Staub § 377 Anm. 3.

[5]) Recht 9, 199.

mässigem Geschäftsgang tunlich sei, zu untersuchen habe, ehe er von Mängeln, die eventuell vorhanden seien, Anzeige macht.

Allerdings nicht lediglich als Voraussetzung und besonders nicht als conditio sine qua non, vielmehr unter vier Gesichtspunkten lässt sich die Untersuchung der Ware durch den Käufer betrachten. Einmal kann man darin allein eine vorbereitende Handlung, einen eine Grundlage für die Mängelrüge, die Feststellung des Vorhandenseins von Mängeln, schaffenden Akt erblicken.[1]) — In zweiter Linie, und darauf deutet vor allem der Wortlaut des Gesetzes hin, bildet die Untersuchung eine Pflicht des Käufers, eine Pflicht, die jedoch nicht ebenbürdig der den Kernpunkt des § 377 bildenden Rügepflicht an die Seite zu stellen ist, die vielmehr nur insoweit besteht, als der Käufer bei nicht ordnungsmässiger Untersuchung sich nicht darauf berufen kann, dass ein sich später zeigender, aber schon bei der Untersuchung vorhandener Mangel ein zur Zeit der Vornahme noch nicht erkennbarer gewesen sei.[2]) Für die Gültigkeit und Wirksamkeit der Mängelrüge selbst ist es gleichgiltig, ob der Käufer untersucht hat oder nicht.[3]) — Drittens — und darauf ist m. E. ein Hauptton zu legen — stellt sich die Untersuchung des § 377 als ein Recht des Käufers dar. Solange nämlich hat der Käufer das Recht mit der Absendung der Mängelrüge zu warten, bis die ordnungsmässige Untersuchung vollendet ist.[4]) [5]) Es soll dadurch ein gewisser

---

[1]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 20; Staub § 377 Anm. 11.

[2]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 20.

[3]) R. O. H. G. 11, 66; 12, 92; 13, 10; 14, 67, 157, 265; 15, 270; 18, 204; Lehmann-Ring § 377 Nr. 20; Makower § 377 VIII a.

[4]) Bolze 9, 405; 15, 357.

[5]) Das Recht geht soweit, dass der Käufer, wenn er schon vor der Untersuchung Kenntnis von den Mängeln hatte (R. O. H. G. 13, 10) oder er überhaupt keine Untersuchung vornahm, doch solange die Anzeige hinausschieben kann, als er Zeit zu einer ordnungsmässigen Untersuchung gebraucht haben würde. cf. R. O. H. G. 15, 271; Stübel 440; Makower § 377 VI c.

Ausgleich geschaffen werden gegen die für den Käufer in der Mängelrügepflicht u. U. liegende Härte[1]) und durch die mehrfachen Zusatzbestimmungen für die Untersuchung die Anlegung eines möglichst objektiven Massstabes bei der Beurteilung des einzelnen Falles gewährleistet werden.[2]) — Endlich wird durch Bezugnahme auf die für die Untersuchung erforderliche Zeitspanne der spätest zulässige Moment für die Anzeige bestimmt.[3]) — Im einzelnen gilt betreffs der Vornahme der Untersuchung folgendes:

I. Was zunächst die Zeit anlangt, innerhalb welcher sie zu erfolgen hat, so sagt das Gesetz: es hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist, zu untersuchen. Es sind in diesen Worten drei sich auf die Zeit der Vornahme der Untersuchung beziehende Bestimmungen enthalten.

1. Die Untersuchung muss nach der Ablieferung der Ware durch den Verkäufer erfolgen. Was unter Ablieferung i. S. des § 377 zu verstehen war, wurde oben[4]) gesagt.[5]) — Nach dieser Ablieferung muss die Untersuchung vorgenommen werden. Eine Pflicht zur Untersuchung der Ware vor derselben statuiert § 377 nicht, selbst wenn dem Käufer die Möglichkeit dazu gegeben wäre.[6]) Hat der Käufer aber gleichwohl vor der Ablieferung untersucht, so muss man ihm doch, da sich die Untersuchung auch als ein Recht des Käufers darstellt, auch nach der Ablieferung bis zur Absendung der Mängelrüge soviel Frist gewähren, als er zu einer ordnungsmässigen Untersuchung der Ware gebraucht haben

[1]) cf. oben S. 2.

[2]) cf darüber Stübel 427,8.

[3]) R.O.H.G. 14, 157; 15, 271; Busch 15, 655; Stübel 442; Lehmann-Ring § 377, 21; Hanausek II 47.

[4]) cf. § 5 der Abhandlung.

[5]) Nur eine solche Ablieferung, die auf Grund des betreffenden Kauf-Vertrages erfolgte, kommt in Betracht.

[6]) R. G. 5, 33.

würde.[1]) Inwieweit, ohne durch § 377 geboten zu sein, eine unverzügliche Mängelrüge eventuell nach Treu und Glauben und mit für den Unterlassungsfall anderen Folgen erforderlich ist, ist eine andere Frage.[2]) — Hat der Verkäufer mit der Ware nach der Ablieferung erst noch bestimmte Fertigstellungshandlungen vorzunehmen, z. B. eine Maschine zu montieren, einen Ofen zusammen zu setzen etc., so verschiebt sich der Beginn der Untersuchung um die für diese Handlungen erforderliche Frist.[3]) — Wenn die Ablieferung nicht zur vertragsmässigen Zeit erfolgte, gleichwohl aber als vertragliche Ablieferung angenommen wurde, so beginnt die Untersuchungsfrist mit dieser Ablieferung.[4])

2. Der Zeitpunkt, mit dem die Untersuchung beginnen soll, fällt nicht notwendig mit der Vollendung der Ablieferung zusammen. Ausdrücklich ist vielmehr bestimmt: die Untersuchung muss unverzüglich nach der Ablieferung erfolgen. „Unverzüglich" heisst nach B. G. B. § 121 „ohne schuldhaftes Zögern." Es wird damit ein objektives Moment in die Beurteilung der Rechtzeitigkeit der Untersuchung eingeführt. Es soll in objektiver Weise auf die subjektiven Verhältnisse des Käufers Rücksicht genommen werden. Hiermit werden Fälle getroffen, in denen beispielsweise der Käufer infolge persönlichen Unglückes an der sofortigen Untersuchung verhindert wurde; z. B. der Käufer wird auf dem Wege zur Untersuchung vom Schlag getroffen, er bricht sich ein Bein, das Boot, mit dem er zur Untersuchung der Ware, die sich auf einem vor dem Hafen lagernden Schiff befindet, fahren will, wird vom Sturm verschlagen, usw., wenn durch all solche Umstände die sofortige Untersuchung verzögert wird.[5]) Auch Fälle, wie unerwartetes Eintreffen mehrerer

[1]) Busch 18, 461; Warneyer Bd. 6 ad § 377 Nr. 9; R. O. H. G. 13. 10; Hanausek II 48 Anm. 4: Lehmann-Ring § 377 Nr. 22; a. A. R. G. 19, 99; Makower § 377 V a 2.

[2]) cf. Stübel S. 442 und unten § 12 der Abhandlung.

[3]) cf. oben S. 52 und unten S. 58.

[4]) Staub § 377 Anm. 18.

[5]) Hanausek II 53, 10; Lehmann-Ring § 377 Nr. 36; Ritter § 377 13 d.

Warensendungen, plötzlicher Tod des beauftragten Sachverständigen etc. gehören hierher. Zufällige Unmöglichkeit der Untersuchung, mit der der Käufer rechnen musste und gegen die er Vorkehrungen treffen konnte, kann nicht entschuldigend für den Käufer wirken.[1]) Dagegen bilden Einmarsch von Invasionstruppen, Unruhen, schlechtes Wetter, Epidemien, Naturereignisse aller Art annehmbare Entschuldigungsgründe für eine verspätete Anzeige des Käufers.[2])

3. Eine ähnliche und doch gegensätzliche Bestimmung ist in den Worten enthalten: „soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist.“ Traten sub 2 mehr die persönlichen Beziehungen und Eigenschaften des Käufers in den Vordergrund, so sind es hier mehr die Verhältnisse des Geschäfts, die berücksichtigt werden sollen. Es ist damit zum Ausdruck gebracht einesteils, dass nicht der Geschäftsgang, wie er etwa beim Käufer allein hergebracht ist, massgebend sein soll, anderenteils, dass der Käufer wegen der Untersuchung nicht ohne weiteres jede andere, selbst dringende Geschäftstätigkeit einzustellen hat, sondern dass die Zeit, zu der die Untersuchung und darnach die Mängelanzeige zu erfolgen hat, nach der vernünftigen Abwägung der konkreten Umstände und unter Berücksichtigung des ordnungsmässigen kaufmännischen Geschäftsganges zu bestimmen ist.[3]) Die verschiedensten Momente haben hierbei mitzureden. Zunächst kann von Bedeutung sein, wo die zu untersuchende Ware sich befindet.[4]) Lagert sie so, dass der Käufer jederzeit sofort zu ihr gelangen kann, z. B. in seinem eigenen Lagerhaus, so ist die Untersuchung, soweit nicht anderweitige Hindernisse bestehen, sofort vorzunehmen. Anders ist es schon, wenn sie sich an einem Ort befindet, an den der Käufer nur mit Zustimmung bestimmter Personen gelangen kann z. B. in einem öffentlichen

[1]) Recht 06 451; 08 4; auch Gareis D. St. S. 103.
[2]) Hanausek II 52 10.
[3]) Recht 14, 576
[4]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 34.

Lagerhaus, einem Zollmagazin oder einem Ort, wo nur bestimmte Dritte sofortigen Zugang haben, nicht aber der Käufer. — Noch weiter wird die Untersuchung gewöhnlich hinausgeschoben sein, wenn die Ware sich unterwegs befindet, wohl gar auf See schwimmt, sodass eine sofortige Untersuchung meist überhaupt ausgeschlossen ist.[1]) — Neben der örtlichen Unterbringung der Ware können für die Zeit der Untersuchung allgemeine Zeitmomente eine Rolle spielen. So wird nach ordnungsmässigem Geschäftsgang kaum eine sofortige Untersuchung vorzunehmen sein beim Eintreffen der Ware in später Abendstunde oder an Sonntagen oder sonstigen allgemeinen Feiertagen.[2]) Auszugehen hat man dabei von den Verhältnissen des Käufers, nicht des Verkäufers. — Auch die Beschaffenheit der Ware ist für den ordnungsmässigen Geschäftsgang von Wichtigkeit.[3]) Bei Waren, die schneller Verderblichkeit ausgesetzt sind oder grossen Preisschwankungen unterliegen, wird eine möglichst eilig vorzunehmende Untersuchung ordnungsmässig sein,[4]) bei anderen wieder, die z. B. durch den Transport beeinflusst werden, wie u. U. Flüssigkeiten[5]) oder lebende Tiere etc., wird die Untersuchung längere Zeit hinaus-

---

[1]) In solchen Fällen, in denen die Ware an einen vom Wohnort des Käufers verschiedenen Bestimmungsort geliefert werden soll, wird der Käufer gewöhnlich einen Dritten mit der Untersuchung beauftragen müssen. Dass er den Dritten schon bei Empfang der Nachricht, die Ware sei nach dem Bestimmungsort verladen, an jenen Ort zur Untersuchung entsende, kann nicht gefordert werden. Er braucht dies vielmehr erst zu tun nach Empfang der Nachricht von der Ankunft der Ware (Warneyer Bd. 6 ad § 377 Nr. 20.) — Jeden beliebigen Dritten braucht der Käufer zur Untersuchung nicht zu wählen. Ist im Moment keine für die Vornahme der Untersuchung geeignete Person vorhanden, so darf nach ordnungsmässigem Geschäftsgang die Untersuchung zunächst solange unterbleiben, bis eine geeignete Person gefunden ist.

[2]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 36; Busch 9, 210.

[3]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 35.

[4]) R. O. H. G. 2, 235; 12, 8; Makower § 377 V a 3; cf. auch unten S. 79.

[5]) R. O. H. G. 8, 360; 15, 213; Busch 18, 90.

zuschieben sein.[1]) Ähnliches gilt bei Waren, an denen nach der Ablieferung durch den Verkäufer erst noch bestimmte Handlungen vorzunehmen sind, z. B. bei Maschinen, die montiert werden müssen,[2]) Öfen, die zusammengesetzt werden müssen.[3]) Hier kann die Vornahme der Untersuchung bis nach Vornahme jener Handlungen unterbleiben.[4]) — Werden Waren in Originalpackung geliefert und sollen sie in solcher Packung weiter veräussert werden, so kann u. U. die Untersuchung durch den Käufer überhaupt unterbleiben oder braucht sich wenigstens nur auf die äussere Verpackung zu beziehen.[5]) — Von grosser Wichtigkeit wird für die Beurteilung der Ordnungsmässigkeit des Geschäftsganges auch sein, welcher Art das Geschäft des Käufers ist, ob diese oder jene Branche, ob Engros- oder Detailgeschäft, ob Gross- oder Kleinbetrieb. Bei Letzteren beispielsweise dürfte für einen Grossbetrieb ein Mangel an Räumlichkeiten für die Untersuchung, an dem dazu nötigen Personal etc. viel weniger leicht ein Entschuldigungsgrund für eine verzögerte Untersuchung bilden, als für einen Kleinbetrieb, bei dem der Geschäftsherr oft die einzige Geschäftsperson oder doch der einzige Sachverständige ist.[6]) Bei solchen Kleinbetrieben werden sich auch meist schon aus den sub 2 S. 55 erörterten Gründen, weil von schuldhaftem Zögern dort weniger leicht die Rede sein wird, Entschuldigungsmomente ergeben.[7]) — Eine gewichtige Rolle spielen hier endlich noch die Geschäftsgebräuche. Wie oben schon bei der Zeit, so sind auch hier natürlich nur die Gebräuche der Branche des Käufers am Erfüllungsort des Käufers, also grundsätzlich an seinem Wohnort massgebend.

---

[1]) Hanausek II 54.
[2]) R. O. H. G. 11, 99.
[3]) cf. auch S. 52 und S. 55.
[4]) Hanausek II 54 ff; Makower § 377 V a 2.
[5]) R. O. H. G. 2, 234; 17, 216; 3, 394; cf. auch S. 85.
[6]) Seuff.-Arch. 40, 52; Staub § 377 Anm. 18.
[7]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 36.

Die drei eben erörterten näheren Bestimmungen für die Untersuchung der Ware beziehen sich nicht allein auf den Beginn derselben, sondern wollen in gleicher Weise auch deren Fortführung und Beendigung treffen. Auch diese müssen objektiv beurteilt werden und dem ordnungsmässigen Geschäftsgebrauch entsprechend sein.[1]) Infolge dessen braucht die Untersuchung nicht schon beendet zu werden, wenn berechtigte Zweifel betreffs der Fehlerhaftigkeit der Ware auftauchen oder sich einige Fehler zeigen, sie darf vielmehr bis zur sicheren, zuverlässigen Feststellung der Sachlage und aller Fehler sich ausdehnen.[2]) — Nicht so darf allerdings dieser Satz verstanden werden, dass nun z. B. bei einjähriger Garantie für eine bestimmte Eigenschaft einer Ware die Untersuchung auf ein Jahr ausgedehnt werden dürfte und demgemäss die Anzeige etwaiger Mängel erst nach einem Jahre zu erfolgen brauchte, selbst wenn die Mängel schon lange Zeit vorher entdeckt waren. — Die Untersuchung bezieht sich nur auf zur Zeit des Beginnes der Untersuchung erkennbare Mängel und darf sich nur darauf beziehen.[3]) Infolgedessen kann die Frist bis zur Beendigung der Untersuchung nicht bis zur letzten Entdeckungsmöglichkeit von erst später, nach Beginn der Untersuchung erkennbaren Mängeln erweitert werden.[3]) Würde man ein anderes annehmen, so würden leicht die sämtlichen Zeitbestimmungen für die Untersuchung und Mängelrüge illusorisch gemacht werden können.[4])

Was im Speziellen die Zeit der Untersuchung bei Teillieferungen[5]) anlangt, so hat dieselbe, wenn Teillieferungen vereinbart waren, unverzüglich nach jeder einzelnen Lieferung zu erfolgen;[6]) war dagegen nichts vereinbart, war vielmehr, wie es nach B. G. B. § 266 das

[1]) R. G. 47, 21 ff; Düringer-Hachenburg § 377 III 2 f; Makower § 377 V a 1, a 3.

[2]) cf. oben S. 53 a. E.

[3]) Warneyer Bd. 5 ad § 377 Nr. 25.

[4]) a. A. Recht 04 S. 339.

[5]) Begriff cf. oben S. 50.

[6]) Düringer-Hachenburg III S. 90 ff.

übliche ist, einheitliche Lieferung geboten, so hat, selbst wenn die Lieferung in Teilleistungen tatsächlich erfolgte, der Käufer erst nach der Lieferung des letzten Teiles mit der Untersuchung zu beginnen.[1])

II. Die dritte Bestimmung speziell, die für die Zeit der Untersuchung massgeblich war, ist es auch für die Art und den Umfang derselben.[2]) Auch Art und Umfang bestimmen sich in erster Linie nach dem, was für einen ordnungsmässigen Geschäftsgang tunlich ist. Nächstdem ist hier von Bedeutung der Zweck, den die Untersuchung haben soll.[3]) Sie soll dem Käufer Gelegenheit geben, sicher und klar festzustellen, ob Mängel überhaupt vorhanden sind, welcher Art sie sind und welchen Umfang sie haben. — Was, unter diesen Gesichtspunkten betrachtet, zunächst die Art der Untersuchung anbetrifft, so kann sie danach sich sehr verschieden gestalten. Sie kann sehr einfach sein, sie kann aber auch sehr schwierig und umständlich werden müssen. Die Art der Ware spricht dabei ein gewichtiges Wort mit. So wird es bei vielen Waren schon vollauf genügen, wenn sie lediglich besehen oder befühlt oder berochen oder geschmeckt werden, ohne dass sonst zur Untersuchung eine besondere Behandlung mit der Ware vorgenommen werden müsste.[4]) Schon allein auf solche Weise wird sich der Käufer in vielen Fällen völlige Klarheit und Gewissheit verschaffen können, ob die Ware dem Gesetz oder dem Vertrage entspricht oder nicht. — In anderen Fällen wird die Vornahme bestimmter Handlungen mit der Ware geboten sein, sei es, dass die Ware gebraucht oder teilweise verbraucht, dass sie chemisch oder physikalisch untersucht, dass sie mikroskopisch betrachtet und beobachtet, dass sie besonders präpariert, vermischt, gefärbt werden muss etc. Die verschiedenfachsten Arten von Untersuchungen sind möglich.

[1]) Recht 14, 750; 12, 2985.
[2]) Düringer-Hachenburg § 377 III.
[3]) Düringer-Hachenburg § 377 III 2 a.
[4]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 36.

Sie im einzelnen aufzuzählen, kann hier nicht am Platze sein.[1]) — Auf der einen Seite darf die Untersuchung soweit gehen, dass der Käufer sich ein klares, zuverlässiges Urteil bilden kann über Art und Umfang sämtlicher etwa vorhandener Fehler, und zwar sowohl der nach § 377, als auch der nach § 378 H. G. B.[2]) Es kann nicht schon genügen, wenn er lediglich eine bestimmte Vermutung über die Mängel hat. Zu einer oberflächlichen Untersuchung kann der Käufer nicht gezwungen werden; er darf sorgfältig und gewissenhaft untersuchen.[3]) — Auf der anderen Seite darf die Untersuchung nicht weiter gehen, als eben nötig, es darf nicht unnütz dadurch die Mängelrüge verzögert werden. Überschreitungen der Grenzen sowohl in Bezug auf die Art, als auch den Umfang verzögern die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge, machen die Untersuchung zu einer nicht ordnungsmässigen und berauben daher den Käufer seiner Rechte. — Rasch, einfach, nicht skrupulös[4]) soll die Untersuchung sein. Überängstlichen Gemütern darf nicht Raum gegeben werden. Allgemeine Verkehrsanschauungen, nicht persönliche Ansichten, ordnungsmässiger Geschäftsgang, nicht individuelle Verhältnisse bilden den Massstab.

Diese selben Gesichtspunkte sind auch massgebend für den Umfang der Untersuchung. Daher ist es beispielsweise nicht nötig, dass bei Waren, bei denen sämtliche Teile einander gleich sein sollen, oder bei solchen, die, wenn auch nur ein Teil mangelhaft ist, die ganze Ware vertragswidrig werden lassen, jeder einzelne Teil untersucht werde. Untersuchung von Proben in entsprechender Anzahl wird genügen.[5]) Wird eine derartige Untersuchung an Proben vorgenommen, so hat allerdings in

---

[1]) Als Beispiele cf. R. O. H. G. 3, 85; 11, 318; 14, 265; 288; Bolze 7, 561; 15, 357; R. G. 47, 22; 25, 29; Busch 15, 461; Z. H. R. 57, 9; 59, 120.

[2]) Düringer-Hachenburg § 377 III 2 a; 378 IV; Lehmann-Ring § 377 Nr. 36; Makower § 377 V a 2; Staub § 377 Anm. 13.

[3]) R. O. H. G. 4, 43; 11, 99; 18, 215; Bolze 4, 711; R. G. 47, 22; 59, 75; Staub § 377 Anm. 13.

[4]) R. O. H G. V 262.

[5]) R. O. H. G. 5, 261; 12, 93; 14, 487; 7, 427; Bolze 13, 429; 22, 446; Recht 14, 3654; Düringer-Hachenburg § 377 III 2 *a*

dem erstgenannten Falle — beim zweiten wäre es unnütz —, wenn die Proben sich als mangelhaft herausstellen, der Verkäufer des Recht, den Gegenbeweis zu bringen, d. h. er darf beweisen, dass speziell die Proben allein fehlerhaft waren, die sonstigen Teile der Ware dagegen fehlerlos. Umgekehrt gelten, wenn die Proben fehlerfrei sind, die sonstigen Teile der Ware jedoch später als mangelhaft sich herausstellen, jene Mängel als zur Zeit der Vornahme der Untersuchung nicht erkennbar. Wird unverzüglich nach ihrer Entdeckung angezeigt, so bleiben die Rechte des Käufers wegen dieser Mängel aufrechterhalten. — Oft muss sich die Untersuchung auf die Untersuchung der äusseren Verpackung beschränken, darf nicht auf die Ware selbst ausgedehnt werden.[1]) Es ist dies dann der Fall, wenn die Ware in Originalpackung geliefert wird und in dieser Form sofort weiter verkauft werden soll oder auch, wenn die Ware durch eingehende Untersuchung in ihrem Werte verhältnismässig bedeutend gemindert werden würde.[2]) Wird die Ware durch Gebrauch derselben untersucht, so muss die Gebrauchsweise eine möglichst schonende sein. Wird durch teilweisen Verbrauch untersucht, so dürfen nicht mehr Teile verbraucht werden, als zur sicheren Mängelerkenntnis unbedingt notwendig ist.[3]) Sind nur ganz geringe Mengen der Ware gekauft, so kann eine Untersuchung durch Verbrauch u. U. bis zum bestimmungsgemässen Gebrauch überhaupt unterbleiben.[4]) Es muss die zur Untersuchung nötige Menge und die durch die Untersuchung erfolgende Wertminderung in einem annehmbaren Verhältnis zum ganzen Werte der Ware stehen.[5])

Eine mehrfache Untersuchungspflicht annehmen zu wollen, halte ich nicht für angängig.[6]) Erstens wird eine

[1]) Düringer-Hachenburg § 377 III 2 e; Ritter § 377, 13 c.

[2]) Z. H. R. 57, 9; 59, 120; J. W. 04 150.

[3]) Recht 12 2600.

[4]) cf. auch Düringer-Hachenburg § 377 III 1 c.

[5]) Makower § 377 V b 1.

[6]) so auch Düringer-Hachenburg § 377 VII; a. A. Lehmann-Ring § 377 Nr. 68; Recht 13 2840.

solche durch das Gesetz nicht ausdrücklich gefordert, entspricht auch nicht dem Sinne des Gesetzes; zweitens aber würde sie auch nicht zweckdienlich sein. Es würde damit eine Unsicherheit in der Beurteilung, wann dann die Untersuchung beendet und wann infolgedessen die Anzeige abzusenden ist, ob schon nach der ersten oder erst nach der zweiten oder nach jeder Untersuchung, eintreten müssen. Die Untersuchung kann vielmehr nur einen einheitlichen Akt darstellen, der nach Massgabe der oben erörterten Zeitbestimmungen zu beginnen und auch demgemäss zu enden hat. Entdeckt der Käufer bei der Untersuchung den einen Mangel früher als den anderen, so bedarf es doch nur einer einzigen Anzeige, und diese hat nach beendeter vollständiger Untersuchung stattzufinden.[1]) Auch wenn der Käufer, ehe er nach dem Gesetze dazu verpflichtet war, eine oberflächliche oder überhaupt eine Untersuchung vornimmt und bei Eintritt des für die Untersuchung gesetzlich vorgeschriebenen Anfangsmoments die ordnungsmässige, eingehende Untersuchung, so kann die erste Untersuchung als für die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge massgeblich nicht in Betracht kommen.[2]) Die dadurch erlangte Mängelkenntnis gilt nicht mehr, als die durch eine vor Abschluss des Kaufes vorgenommene Untersuchung oder eine auf sonst andere Weise als durch die eigentliche, ordentliche und gesetzmässige Untersuchung erlangte Mängelkenntnis. Eine Mängelrüge kann demnach nach einer solchen nicht vorgeschriebenen oberflächlichen Untersuchung nicht erfordert werden.[3]) Inwieweit eine Anzeigepflicht nach Treu und Glauben geboten sein kann, ist eine andere Frage.[4])[5]) — Alle Mängel, die bei einer ordnungs-

---

[1]) Staub § 377 Anm. 29; Düringer-Hachenburg § 377 IV 1 a; Ritter § 377, 13 *a*.

[2]) R. G. 47 20.

[3]) a. A. Makower § 377 a 7; cf. auch R. G. 62 256.

[4]) Ritter § 377 13 d; Staub § 377 Anm. 30; R. G. 62 258; Recht 13 2840.

[5]) cf. darüber auch unten S. 99 ff.

mässig vorgenommenen Untersuchung nicht erkannt werden können, sind als sog. heimliche Mängel anzusehen und demnach nach § 377 Abs. III erst unverzüglich nach ihrer Entdeckung anzuzeigen.

b) Personen, Ort, Kosten, besondere Abreden.

§ 7.

In den meisten Fällen wird die Untersuchung durch den Käufer selbst vorgenommen werden. Er als Kaufmann wird einerseits gewöhnlich die nötige Sachkenntnis für die Untersuchung der Waren, die er handelt, haben, andererseits wird er am besten beurteilen können, ob die gelieferte Ware dem Gesetz oder dem von ihm geschlossenen Vertrage entspricht. — Dass der Käufer eine ganz besonders hohe Sachkenntnis für die Untersuchung der Ware habe, kann nicht allgemein gefordert werden. Die Durchschnittskenntnisse eines Fach-Kaufmannes müssen als genügend angesehen werden. Waren die Kenntnisse des Kaufmannes geringer als jene Durchschnittskenntnisse, so kann darin kein Entschuldigungsgrund liegen für das Nichtentdecken von Mängeln, die ein Fach-Kaufmann würde entdeckt haben.[1]) Das R. G. drückt sich dahin aus, dass es sagt:[2]) „Es kommt für die Kenntnisse darauf an, ob für diejenigen Personen, die Handel mit den in Frage kommenden Waren treiben, bei Anwendung der gehörigen Sorgfalt, gegebenenfalls unter Benutzung der in den einzelnen Geschäftszweigen üblichen Hilfsmittel der Mangel als Mangel der gelieferten Ware erkennbar war.“

Dass der Käufer in persona untersucht, ist nicht immer unbedingt nötig.[3]) Oft wird es vielmehr dem ordnungsmässigen Geschäftsgang, der auch hierfür massgebend ist, mehr entsprechen, ja direkt durch ihn geboten sein, dass ein

[1]) Makower § 377 V b 6.
[2]) Recht 14, 1824.
[3]) Lehmann Ring § 377 Nr. 43.

besonders dazu Beauftragter die Untersuchung vornimmt. Das wird beispielsweise der Fall sein, wenn der Käufer infolge persönlicher Hinderungsgründe nicht in der Lage dazu ist, mag er nun krank oder ortsabwesend oder sonstwie verhindert sein.[1]) Wird z. B. die Ware direkt an den Abnehmer des Käufers geliefert, so wird dieser meist die Untersuchung vorzunehmen haben. Ähnlich wird, wenn Stückproben nicht genommen werden können und die Ware in Originalpackung weiterverkauft werden soll, die Untersuchung der eigentlichen Ware erst vom Konsumenten vorgenommen werden können. — Eines bestimmten Auftrages bedarf es, wenn ein Dritter für den Käufer untersuchen soll. Nimmt ein nicht zur Vertretung Befugter für den Käufer die Untersuchung vor, so hat diese die ihr nach § 377 H. G. B. zukommende Wirkung nur, wenn der Käufer sie nachträglich genehmigt. Es gelten allgemeine Stellvertretungsregeln. — Dass der Beauftragte Kaufmann ist im S. des H. G. B § 1 bis 7, ist nicht erforderlich, doch gilt das oben von den Kenntnissen Gesagte auch für ihn: nur wenn auch er die Durchschnittskenntnisse eines Fachkaufmanns hat, kann ein von ihm nicht entdeckter Mangel der Ware als nichterkennbar im Sinne des § 377 Abs. III gelten. — Ausnahmefälle nur sind es, in denen ein ordnungsmässiger Geschäftsgang eine Untersuchung durch besondere Sachverständige vorschreibt.[2]) So wird gewöhnlich Sachverständigenuntersuchung geboten sein, wenn nicht angenommen werden kann, dass ein Kaufmann mit Durchschnittskenntnissen die Ware in der nötigen Weise beurteilen und untersuchen kann, z. B. wenn es sich um chemische Präparate oder um komplizierte Maschinen etc. handelt.[3])[4]) In solchen Fällen

---

[1]) hierzu cf. das auf S. 56 ff. Gesagte und auch unten Anm. 4.

[2]) Düringer-Hachenburg § 377 III 2 c; Makower § 377 b 6; Warneyer Bd. II ad § 377 Nr. 9.

[3]) J. W. 06 91,13; Bolze 7 Nr. 585.

[4]) Handelt der Käufer mit einer bestimmten Art von Sachen, so muss er in der Regel die zur Untersuchung derselben nötige Sach-

darf und, will er nicht Gefahr laufen, dass die Ware hinsichtlich etlicher, nur besonderen Sachverständigen erkennbaren Mängeln als genehmigt gilt, muss der Käufer die Untersuchung diesen übertragen.[1]) In der Auswahl der Sachverständigen muss der Käufer auch hier wiederum sich von dem leiten lassen, was nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich und dem Zweck der Untersuchung entsprechend ist.[2]) Unnötige Verzögerung der Anzeige darf auf keinen Fall eintreten.

Betreffs des Ortes, an dem die Untersuchung stattfinden soll, gibt das Gesetz keine besonderen Vorschriften, kann es ja doch auch den Parteien im allgemeinen gleichgiltig sein, wo die Untersuchung tatsächlich vorgenommen wird. Nur insoweit kann der Untersuchungsort von Bedeutung werden, als dadurch, dass die Untersuchung an diesem oder an jenem Ort stattgefunden hat, die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge beeinflusst wird. Im allgemeinen wird der Ablieferungsort der Untersuchungsort sein.[3]) Nötig ist dies aber nicht. Man wird als Grundsatz den Satz aufstellen können, dass die Untersuchung dort vorzunehmen sein wird, wo dies für die Mängelrüge am schnellsten geschehen kann. Doch können die Parteien andere Vereinbarungen darüber ausdrücklich und stillschweigend treffen.

Ähnlich wie mit dem Ort steht es mit den Kosten der Untersuchung, soweit solche entstehen. Auch hierüber trifft das Gesetz keine, oder besser, keine direkten Bestimmungen, auch sie sind für die Mängelrüge im allgemeinen gleichgiltig. Immerhin kann die Kostenfrage bei der Geltendmachung der Rechte wegen Mängeln aufgeworfen werden, und insofern ist

---

kunde besitzen oder geeignete Vorkehrungen treffen, um die gehörige Untersuchung in der für die Ware üblichen Zeit durch Dritte besorgen zu lassen, cf. Warneyer Bd. 4 ad § 377 Nr. 18 u. R. G. 59, 43.

[1]) Makower § 377 V b 6; R. G. 59, 45; Staub § 377 Anm. 13.

[2]) O. L. G. 11, 413.

[3]) cf. Warneyer Bd. 5 § 377 Nr. 11; Bolze 13 429; Düringer-Hachenburg § 377 III 1 ad b, dd); Makower § 377 V c; Ritter § 377 13 e u. 18 a; Staub § 377 Anm. 20; Stübel S. 433.

sie auch hier von praktischer Bedeutung. Da sich die Untersuchungspflicht als eine Erweiterung der Abnahmepflicht des Käufers nach § 433 B. G. B. darstellt und der Käufer nach § 448 B. G. B. die Kosten der Abnahme zu tragen hat, so wird man ihm auch die Kosten der Untersuchung aufbürden müssen.[1]) Stellt sich die Ware als mangelhaft dar und hat der Verkäufer diesen Mangel zu vertreten, so kann der Käufer die ihm entstandenen Kosten für die Untersuchung eventuell im Wege der Schadensersatzklage zurückfordern.[2]) — Das Recht, durch vorherige Abrede die Kosten anderswie zu verteilen, ist natürlich den Parteien unbenommen.

Wie soeben für den Ort und die Kosten der Untersuchung hervorgehoben und auch sonst oben schon verschiedentlich angedeutet, sind alle die für die Untersuchung getroffenen, oben behandelten Vorschriften nicht jus cogens. Vielmehr kann von ihnen durch Vereinbarungen in weitestem Umfange abgewichen werden.[3]) [4]) — Was die Zeit anlangt, so kann sowohl eine sofortige, als auch eine weiter hinausliegende, eine schon vor der Ablieferung, als auch eine erst bei Ge- oder Verbrauch der Ware vorzunehmende Untersuchung verabredet werden. Möglich ist es, den Beginn oder die Beendigung der Untersuchung an einen bestimmten Termin zu knüpfen, möglich, sie vom Zufall abhängig zu machen, möglich auch, sie in das völlige Belieben des Käufers zu stellen. Was betreffs der Zeit gilt, gilt auch betreffs der Art und des Umfanges der Untersuchung. Sowohl sehr eingehende und umfangreiche Untersuchung kann vereinbart werden, als auch leichte und einfache. Eine häufig vorkommende Erleichterung, die sich die Parteien gewähren, ist die der Untersuchung von vor der Ablieferung der Ware zugesandten

---

[1]) Stübel S. 434.

[2]) Warneyer Bd. 4 ad § 377 Nr. 24.

[3]) R. O. H. G. 2, 379; 3, 377 ff; Bolze 8, 501; Stübel S. 431; Lehmann Lhrb. § 165, 5 c.

[4]) Zu beachten ist jedoch, dass ein einseitig in die Faktura aufgenommener Vorschlag für den Käufer unverbindlich ist R. O. H. G. 1, 188.

Proben und Mustern, mögen sie nun Stich- oder Ausfall- oder Typeproben oder -Muster[1]) heissen.[2]) Eine Zusendung solcher Proben schlechthin genügt allerdings nicht, um einfürallemal eine Änderung der gesetzlichen Vorschriften herbeizuführen. Es muss vielmehr auf beiden Seiten der Wille klar und deutlich zum Ausdruck kommen, dass die zugesandten Proben in Bezug auf die Untersuchungs- und Anzeigepflicht der Ware gleichstehen sollen.[3]) Ist dies aber der Fall, so hat der Käufer unverzüglich nach der Ablieferung der Proben diese, soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgang tunlich ist, zu untersuchen und etwaige Mängel unverzüglich anzuzeigen. Finden sich Mängel an der Probe und rügt der Käufer sie nicht, so gilt die ganze Ware hinsichtlich dieser Mängel als genehmigt. Die Genehmigung gilt jedoch nicht hinsichtlich solcher nach Ablieferung der ganzen Ware ordnungsmässig gerügten Mängel, die zwar an der Ware sich befinden, nicht aber an der Probe erkennbar waren. Die Abweichung der Probe von der Ware muss der Käufer nachweisen.[4]) — Dass der Käufer, wenn er eine derartige Probe untersucht hat, nach Ablieferung der eigentlichen Ware eine abermalige Untersuchung auf die aus der Probe schon erkennbaren Mängel hin nach § 377 H. G. B. vornehme, kann nicht von ihm verlangt werden.[5]) Er muss sich vielmehr grundsätzlich darauf verlassen können, dass die Eigenschaften der Ware mit denen der Probe übereinstimmen.[6]) Mit diesem Gedanken war ja eine solche Probe

---

[1]) Definition cf. oben S. 51 Anm. 3.

[2]) R. O. H. G. 7, 251; R. G. 63, 221; Z. H. R. 43, 369; O. L. G. 9, 273; 11, 413.

[3]) Warneyer Bd. 2 ad 377 Nr. 11; Bd. 5, § 377 Nr. 14; Bd. 7 ad § 377 Nr. 5; Recht 10, 1012; Düringer-Hachenburg § 377 III 3; Staub § 377 Anm. 33.

[4]) Staub § 377 Anm. 15; cf. auch Makower § 377 V b 4.

[5]) cf auch oben S. 63; Lehmann-Ring § 377 Nr. 68; teilweise auch scheinbar Düringer-Hachenburg § 377 III 3 b.

[6]) R. G. 47, 133; Ritter § 377, 181; anscheinend abweichend R. O. H. G. 7, 428; 7, 259.

zugesandt und untersucht. Welch anderen Sinn hat sonst die Abweichung vom gesetzlich Vorgeschriebenen anders gehabt als den, dass die Probe als völliger Repräsentant der Ware anzusehen war.[1]) — Mängel, die an sich zu den aus der Probe erkennbaren gehörten, sich aber nicht an der Probe befanden, sondern sich allein bei der Ware zeigen, gelten als „nichterkennbar" i. S. des § 377 Abs. III und brauchen daher erst unverzüglich nach ihrer Entdeckung gerügt zu werden.[2]) — Die Frage, inwieweit eine Untersuchung auf Übereinstimmung der Ware mit der Probe zwar nicht nach § 377 H. G. B., wohl aber nach Treu und Glauben geboten sein kann, wird von den eben aufgestellten Sätzen nicht berührt.[3])

---

[1]) Düringer-Hachenburg § 377 III 2 d u. 3; Staub § 377, 33.
[2]) Warneyer Bd. 2 ad 377 Nr. 8.
[3]) cf. darüber unten S. 99 ff.

Dritter Teil.

Die Mängelrüge selbst.

I. Wesen und Inhalt der Mängelrüge.

§ 8.

Sind so durch eine ordnungsmässig vorgenommene Untersuchung Mängel an einer dem Käufer vom Verkäufer abgelieferten Ware mit Sicherheit festgestellt worden, so hat gemäss § 377 H. G. B. der Käufer dieselben dem Verkäufer unverzüglich anzuzeigen, hat sie zu rügen.[1]) Diese dem Käufer auferlegte Rügepflicht ist keine derartige, dass ihr auf der Gegenseite ein Anspruch entspräche, dass ihre Erfüllung im Klagewege erzwungen werden könnte. Sie besteht vielmehr nur insoweit, als der Käufer durch sie seine ihm wegen der vorhandenen Mängel gegen den Verkäufer zustehenden Rechte wahrt. Unterlässt der Käufer die Anzeige, so gilt nach § 377 Abs. II H. G. B. die Ware in Bezug auf

[1]) In der Praxis des täglichen Lebens bedient man sich für dieses „rügen" vielfach der Ausdrücke „zur Disposition stellen" oder „zur Verfügung stellen". Diese Ausdrücke können nicht nur zu Missverständnissen führen, sondern sind auch direkt falsch. Zwar kann der Käufer mit der Mängelrüge auch zugleich „zur Disposition stellen" d. h. seinem Willen zu wandeln Ausdruck verleihen. Nötig ist dies jedoch nicht, da er einmal statt zu wandeln noch andere Rechte geltend machen kann und er zweitens in der Mängelrüge überhaupt noch nicht genau anzugeben braucht, welche Rechte er geltend machen will. cf. darüber auch R. O. H. G. 5, 252; 398; Busch 12, 466; R. G. 25, 27 ff; 37, 395; Gareis D. St S. 122 ff; Stübel 435; Lehmann-Ring § 377 Nr. 61. cf. auch S. 72 u. 78.

die durch die Untersuchung erkannten und erkennbaren Mängel als genehmigt. — Neue Rechte schafft darnach die rechtzeitige Vornahme der Rüge nicht.[1]) Sie bildet vielmehr nur eine, gegenüber dem B. G. B. weitere, dem Handelsrecht unter den oben erörterten Umständen eigene Voraussetzung für die Geltendmachung der allgemeinen dem Käufer gegen den Verkäufer wegen Mängeln der Sache zustehenden Rechte. Dass diese Rechte durch die Mängelrüge nicht erst zur Entstehung gelangen, ergibt sich daraus, dass die Verjährung derselben nicht erst im Moment der erfolgten Mängelrüge, sondern, wie dies nach § 477 B. G. B. allgemein gilt, schon mit der Ablieferung der Ware beginnt.[1])

Bestimmen lässt sich die Mängelrüge als eine einseitige, empfangsbedürftige, motivierte Willenserklärung. Aus dieser Bestimmung ergibt sich folgendes:

Die Mängelrüge ist eine Willenserklärung,[2]) d. h. eine auf Hervorbringung eines bestimmten Rechtserfolges gerichtete Willensäusserung. Von einigen Seiten wird dies zwar bestritten[3]) und in der Mängelrüge eine einfache Rechtshandlung, eine Mitteilung, eine Erklärung über einen Zustand rechtlicher Art gesehen. Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden. Ein bestimmter Wille muss vielmehr in der Rüge zum Ausdruck gebracht sein, der Wille des Käufers, dass er die gelieferte Ware nicht als vertragsmässig anerkenne. Zwar spricht das Gesetz selbst auch nur von einem „anzeigen“ schlechthin. Aus dem Sinn des Gesetzes ergibt sich jedoch, dass nur eine, einen bestimmten, die Geltendmachung irgend welcher Rechte wegen vorhandener Mängel betreffenden Willen zum Ausdruck bringende Anzeige gemeint sein kann.

---

[1]) Hanausek II 3.

[2]) Gareis D. St. 4 ff; Düringer-Hachenburg III S. 164; Lehmann Lehrb. § 169, 5 d; Lehmann D. J. Z. 02 494; Lehmann-Ring § 377 Nr. 50; Staub § 377 Anm. 24; R. G. 25, 29; Warneyer Bd. 3 ad § 377 Nr. 32; Recht 7 137 ff; 10 758; O. L. G. 6 224; Dernburg 06, 1 S. 372; Scheer S. 101; Staudinger Kom. 1910 ad 478 III a.

[3]) Kipp a. a. O. S. 115; Enneccerus § 128 ff; Makower § 377 VI a 2 u. VIII d; Ritter § 377, 13 f.

Weswegen sollte sonst der Verkäufer ein derartiges Interesse an der Rechtzeitigkeit, ja an der Mängelrüge überhaupt haben, dass der Gesetzgeber an eine Verletzung der Rügepflicht eventuell bis zur krassen Härte sich gestaltende Folgen für den Käufer geknüpft hat? Würde das Gesetz derartiges bestimmen, lediglich um die Neugier des Verkäufers, ob der Käufer an der von ihm gelieferten Ware Mängel gefunden habe, zu stillen? Im allgemeinen wird es dem Verkäufer ziemlich gleichgiltig sein, ob sich an der Ware Mängel befinden; das zu erfahren drängt es ihn nicht. Aber ob der Käufer wegen etwa vorhandener Mängel Rechte geltend machen will oder ob er das Geschäft für erledigt betrachten will, auf diesen Willen kommt es ihm an. Es kann daher die Anzeige kein schlichtes Mitteilen nur, kein einfaches Erzählen sein, sie muss eine Willenserklärung sein.[1]) — Dass diese Willenserklärung schon so genau formuliert sei, dass deutlich daraus erkannt werden kann, welches der verschiedenen Rechte, die dem Käufer wegen Sachmängeln nach dem B. G. B. eventuell zustehen, er geltend machen will, ist nicht nötig; eine allgemeine Erklärung, dass er Rechte geltend machen wolle, genügt.[2]) Nur ein alleiniges Erzählen, ein Mitteilen im Laufe des Gespräches, dass Mängel vorhanden sind, ist noch keine Mängelrüge im S. des § 377.

Die Mängelrüge ist eine einseitige Willenserklärung. Sie bedarf von Seiten des Verkäufers keine Annahme, um wirksam zu werden. Lediglich die Erklärung genügt zur

[1]) Ist die Mängelrüge eine Willenserklärung, so wird man sie, da dieser Begriff im B. G. B. vielfach dem des Rechtsgeschäfts gleichgestellt ist, auch als Rechtsgeschäft bezeichnen müssen. Es haben demnach die für Rechtsgeschäfte geltenden Vorschriften des B. G. B. auf Mängelrüge Anwendung zu finden. (a. A. Hanausek II 4; Krüger S. 56; Roscher 39; Stübel 435; Lehmann-Ring § 377 56 Anm. 1.) [Im einzelnen kann hier auf die Frage: Was ist eine Willenserklärung, wie unterscheidet sie sich von der einfachen Mitteilung und vom Rechtsgeschäft etc. nicht eingegangen werden. cf. darüber Kipp a. a. O. S. 115; Enneccerus B. R. I §§ 128 ff und 136 ff; Endemann 03, 1 S. 273; Dernburg 1 1906; Manigk a. a. O. u. A.

[2]) Das Nähere darüber cf. unten S. 78

Wirksamkeit. Selbst durch eine direkte Ablehnung kann sie nicht vereitelt werden.[1]) Dies gilt auch dann, wenn ein vom Verkäufer mit der Entgegennahme der eventuellen Mängelrüge Beauftragter oder ein kraft Gesetzes dazu Befugter die Annahme zurück- und an den eigentlichen Verkäufer verweisen will. Derartige Verweisungen haben nicht den geringsten Einfluss auf die Wirksamkeit der Mängelrüge.[2])

Die Mängelrüge ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, d. h. sie muss an eine ganz bestimmte Person gerichtet sein, muss ihr gegenüber abgegeben werden.[3]) Sie untersteht daher den allgemeinen, für solche Willenserklärungen geltenden Regeln. Nur eine Ausnahme gilt für die Mängelrüge besonders. Nach § 377 Abs. IV genügt zur Erhaltung der Rechte des Käufers die rechtzeitige Absendung der Anzeige. In dieser Bestimmung, die gegenüber dem A. H. G. B. neu ist, bleibt, im Gegensatz zu der jetzt nach § 130 B. G. B. für solche Willenserklärungen herrschenden Empfangstheorie, eine der drei anderen gemeinrechtlichen Theorien (1. Äusserungs-, 2. Entäusserungs- oder Absendungs- oder Übermittlungs- und 3. Vernehmungstheorie) die Absendungstheorie in Geltung. Man kann in ihr eine Milderung der für den Käufer strengen Mängelrügevorschriften gegenüber dem Käufer erblicken. Die Gefahr der Ankunft der Anzeige ist damit auf den Verkäufer übergegangen.[4])

Die Mängelrüge ist eine motivierte Willenserklärung. Auch dieses Motiviertsein ergibt sich aus dem Sinn und dem Zweck der Mängelrüge. Der Verkäufer soll nicht nur erfahren, dass der Käufer die Ware beanstandet, er muss auch wissen, weshalb jener sie beanstandet.[5]) Dies ist nötig erstens, damit er seinerseits nachprüfen kann, ob die vom

---

[1]) Busch 29, 265; Gareis S. 121; Hanausek II S. 2; Lehmann-Ring § 377 Nr. 50.

[2]) Hanausek II 4.

[3]) a. A. Ritter § 377, 13 f; Düringer-Hachenburg § 377 VIII 2.

[4]) cf. D II 241 und S. 88 ff.

[5]) R. O. H. G. 6, 695; 14, 67.

Käufer als Mängel angesehenen Eigenschaften wirklich Mängel sind, ob sie als erheblich in Betracht kommen, wann sie etwa entstanden sind, ob vor oder nach Gefahrübergang, ob er sie zu vertreten hat, ob er sich den Beweis sichern soll etc.[1]) Zweitens aber auch, damit er entscheiden kann, wie er sich nunmehr in Bezug auf die Ware zu verhalten hat, ob er dem Käufer Ziel setzen soll, sich betreffs seiner etwaigen Rechte genauer zu entscheiden, ob er die Ware zurücknehmen soll, ob er sie weiterveräussern kann etc.

Über den Inhalt der Mängelrüge sagt das Gesetz nichts direktes. Es heisst nur: der Käufer hat zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, Anzeige zu machen. Wie wir oben[2]) schon sahen, ergibt sich jedoch aus dem Sinn des Gesetzes für die Mängelrüge ein mindestens zwiefacher Inhalt. Es muss in der Mängelrüge zum Ausdruck gelangen erstens, dass überhaupt Mängel an der gelieferten Ware vorhanden sind, und zweitens, dass der Käufer deswegen Rechte geltend machen wolle.

Was zunächst die Angabe der Mängel betrifft, so muss die Mängelrüge sämtliche Mängel angeben, derentwegen der Käufer Rechte geltend machen will. Wird ein Mangel nicht genannt, so tritt in Bezug auf ihn das Präjudiz des § 377 Abs. II ein, die Ware gilt insoweit als genehmigt.[3]) Schon weil es aus diesem Grunde im Interesse des Käufers liegt, aber auch weil es das Interesse des Verkäufers erheischt, der z. B. gegen die Erschwerung oder gar Vereitlung des Beweises, dass lieferbare Qualität geliefert sei, sich bei Zeiten muss schützen können,[4]) der

---

[1]) cf. darüber auch nächsten Absatz.

[2]) cf. S. 71 ff.

[3]) R. O. H. G. 5, 262; R. G. 38, 10; Warneyer Bd. 6 ad § 377 Nr. 25; Düringer-Hachenburg § 377 IV 2a; Makower § 377 IV a 1; Staub § 377 Anm. 23.

[4]) R. O. H. G. 10, 270.

sich Klarheit darüber muss verschaffen können, ob er sich zur Wandlung erbieten oder wie er über die Ware anderweit disponieren soll,[1]) der bei später angezeigten Mängeln muss erkennen können, ob diese nicht schon früher bei ordnungsmässiger Untersuchung erkennbar waren und der vor einem sog. „Nachschieben" später entdeckter Mängel bewahrt sein muss,[2]) ergibt sich, dass die Mängel genauer individualisiert und spezialisiert werden müssen.[3]) — Dafür, wie genau im einzelnen diese Spezialisierung und Individualisierung sein muss, kann eine besondere Regel nicht aufgestellt werden. Auch hier wieder sind allgemeine Gesichtspunkte, der Zweck der Mängelrüge, die Art der Ware etc. massgeblich.[4]) Im allgemeinen werden Art, Umfang, u. U. auch die Entstehung, oft auch die Beschaffenheit des beanstandeten Teils angegeben werden müssen. Es genügt einerseits nicht, wenn lediglich gesagt wird, dass Mängel vorhanden sind.[5]) Auch Ausdrücke, die allgemein nur die Minderwertigkeit der Ware bezeichnen, wie „Schundware", „Plunder", „nicht vertragsmässig", „nicht den Zwecken des Vertrages entsprechend" etc. genügen nicht ohne weiteres.[6]) Dagegen kann andererseits auch keine in die kleinsten Einzelheiten gehende, detaillierte und skrupulöse Beschreibung, keine umständliche Begründung aller Mängel gefordert werden.[7]) Objektive Erwägungen müssen die Richtlinien vorschreiben, sodass dem Einzelfall ein gewisser Spielraum je nach den

---

[1]) R. O. H. G. 14, 67; cf. auch R. O. H. G. 20, 250; Gareis S. 123; Hanausek II 28, 22; Endemann S. 714.

[2]) Warneyer 5 ad § 377 Nr. 33; 7 ad § 377 Nr. 12; Düringer-Hachenburg § 377 IV 2 a; Ritter § 377 13 f; Staub § 377 Anm. 23.

[3]) Bolze 1 Nr. 1086.

[4]) Staub § 377 Anm. 23.

[5]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 61.

[6]) Warneyer 7 ad § 377 Nr. 10; Busch 4, 168; 18, 464; Recht 9 476; 12, 1062; Staub § 377 Anm. 23.

[7]) R. O. H. G. 5, 262; 14, 68; R. G. 47, 14; Recht 13, 2522; Düringer-Hachenburg § 377 IV 2 a.

besonderen Verhältnissen gegeben ist.[1]) Es muss daher u. U. z. B. als ausreichend erachtet werden, wenn der Käufer mit dem Verkäufer über spezielle Eigenschaften der Ware korrespondiert oder mit dem Vertreter des Verkäufers darüber gesprochen hat und nun in seiner Anzeige unter Bezugnahme darauf die Ware als vertragswidrig bezeichnet.[2]) Ähnlich kann bei späteren Teilleistungen, bei denen an sich jede einzelne Leistung gerügt werden muss, auf frühere Rügen Bezug genommen werden.[3]) Bei Probewidrigkeiten der Ware kann u. U., wenn beispielsweise die Probe wegen nur einer ganz bestimmten Eigenschaft gegeben war, die einfache Erklärung, die Ware sei nicht probemässig, nicht „musterkonform" genügen.[4]) In anderen Fällen wird auch bei Probewidrigkeit eine nähere Bezeichnung, inwieweit die Ware von der Probe abweicht, gegeben werden müssen.[5]) — Bei Quantitätsmängeln bedarf es einer genauen Berechnung der Abweichung nicht. Eine approximative Bestimmung der Differenz kann als genügend erachtet werden.[6]) — Auf all die Einzelfälle, die das Leben fast täglich und in grosser Mannigfaltigkeit bietet, wie die grosse Anzahl Gerichtsentscheidungen beweist, kann hier nicht eingegangen werden. Im grossen und ganzen wird es stets quaestio facti bleiben, inwieweit die Mängel individualisiert sein müssen. — Soweit Handelsgebräuche bei der Beurteilung von Bedeutung sind, kommen, da die Mängelrüge sich als eine Pflicht des Käufers darstellt, die am Erfüllungsort, also

---

[1]) R. G. 18, 55; 38, 11; Düringer-Hachenburg § 377 IV 2 a.

[2]) R. O. H. G. 14, 157; Warneyer 2 ad § 377 Nr. 40; 8 ad § 377 Nr. 12; Gareis S. 126; Hanausek II 26; Lehmann-Ring § 377 Nr. 56; Ritter § 377, 13 f.

[3]) Recht 13, 1200.

[4]) Warneyer 6 ad § 377 Nr. 24; Lehmann-Ring § 377 Nr. 56 Staub § 377 Anm. 23.

[5]) Warneyer 7 ad § 377 Nr. 9

[6]) Düringer-Hachenburg § 377 IV 2 a; Makower § 378 III.

im allgemeinen am Wohnort des Käufers geltenden in Betracht.

Neben den Mängeln muss, wie schon oben nachgewiesen, die Mängelrüge ergeben, dass der Käufer der Mängel wegen Rechte geltend machen will. Dieser Wille ist also ein wesentliches Inhaltsmoment, ohne ihn ist die Mängelrüge keine Mängelrüge. Der Wille muss klar und deutlich zum Ausdruck gebracht sein.[1]) Die Beurteilung konkludenter Handlungen ist dabei mit Vorsicht vorzunehmen. Der blosse Ausdruck der Unzufriedenheit,[2]) ein allgemeiner Tadel unter Angabe der Mängel[3]) kann nicht ohne weiteres als eine für die Mängelrüge nach § 377 ausreichende Willenserklärung erachtet werden.[4]) Das Gleiche gilt von einer Anfrage, wie einem bestimmten Mangel am besten abgeholfen werde,[5]) oder von einer Aufforderung, das nächste Mal bessere Waren zu senden,[6]) oder der Erklärung, dass, wenn die nächste Warensendung wieder die betreffenden Mängel aufweise, sie unweigerlich zurückgesandt werden würde.[7]) — Die Mitteilung, dass der Abnehmer des Käufers die Ware beanstandet habe, genügt nicht, wenn aus ihr nicht zu ersehen ist, dass der Käufer die Beanstandung des Abnehmers zu seiner eigenen mache.[8]) — Ähnlich ist es mit einer blossen Bemängelung des Preises mit Rücksicht auf die schlechte Beschaffenheit der Ware. - Die alleinige Mitteilung, dass die Ware zur Disposition gestellt werde, genügt deshalb nicht, weil die Bezeichnung der Mängel in ihr nicht ent-

---

[1]) Warneyer 5 ad § 377 Nr. 35; Düringer-Hachenburg § 377 IV 2 b; Staub § 377 Anm. 24.

[2]) R. O. H. G. 10, 271; Warneyer 2 ad § 377 Nr. 39; 4 ad § 377 Nr. 46 ff.

[3]) Recht 9, 476.

[4]) Recht 13, 1055; Staub § 377 Anm. 22.

[5]) Staub § 377, Anm. 24.

[6]) Makower § 377 VI a 2; Ritter § 377, 13 f.

[7]) R. G. 25, 29; Warneyer 8 ad § 377 Nr. 15; Recht 12, 3895.

[8]) Recht 6, 155; 12, 1062; Ritter § 377, 13 f.

halten ist.[1]) — Bei mehreren Lieferungen gleichartiger Natur muss für jede einzelne Lieferung eventuell Mängelanzeige erfolgen.[2]) — Dass der Wille des Käufers im einzelnen näher individualisiert sei, d. h. dass schon in der Anzeige zum Ausdruck gebracht sei, welches der einzelnen ihm eventuell zustehenden Rechte der Käufer geltend machen will, ist, wie schon oben[3]) gesagt, nicht erforderlich.

II. Form und Zeit der Mängelrüge.

§ 9.

Auch über die Form, in welcher die Anzeige zu erstatten ist, ist im Gesetz keine Bestimmung enthalten. Man wird daher jede beliebige Form als möglich erachten müssen.[4]) Wenn mündliche Anzeige, ohne die Rechtzeitigkeit der Mängelrüge zu beeinträchtigen, möglich ist, so wird sie genügen.[5]) Ist dies nicht der Fall, so wird eine schriftliche Anzeige erfolgen müssen. — Was die Übermittlung einer schriftlichen Anzeige anbetrifft, so kann sie sowohl durch einen besonderen Boten, als auch durch die Post erfolgen. Bei der Übermittlung durch die Post wird im allgemeinen eine Postkarte oder ein gewöhnlicher Brief genügen. Dass ein Postbrief eingeschrieben werde, ist nicht allgemein erforderlich,[6]) ebensowenig wie, dass die Übermittlung der Anzeige durch Telephon oder Telegraph erfolge.[7]) Nur der spezielle Geschäftsgebrauch

[1]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 61.

[2]) Warneyer 6 ad § 377 Nr. 21; 8 ad § 377 Nr. 10 u. 12.

[3]) cf. S. 72.

[4]) Seuff. Arch. 55 Nr. 151.

[5]) Hanausek II 19.

[6]) R. O. H. G. 19, 154; Düringer-Hachenburg § 377 IV; cf. auch unten S. 89; a. A. Daesler S. 46 der stets „eingeschriebenen" Brief verlangt.

[7]) Warneyer II ad § 377 Nr. 34; Recht 6, 2868; 14, 1002; Düringer-Hachenburg § 377 1 u. 3.

der beiden Kontrahenten oder sonstige besondere Verhältnisse können Abweichungen der einen oder der anderen Art vom allgemein Erforderlichen gebieten.[1])

Die einfache Zurücksendung der Ware kann auf keinen Fall als gehörige Form der Mängelrüge betrachtet werden. Einmal läge an und für sich in der einfachen sofortigen Rücksendung ein Eingriff in die Rechte des Verkäufers, von dem der Käufer garnicht wissen kann, ob er die Ware nicht an einen anderen Käufer desselben Ortes verkaufen oder ob er sie an einen anderen Ort als an seinen Wohnsitz oder auf einem anderen Wege dorthin transportiert haben will; dann aber auch fehlt es dabei an einer genauen Charakterisierung der Mängel, die der Käufer gefunden hat und hat rügen wollen.[2])

Einer der wichtigsten Punkte ist für die Mängelrüge die Frage nach ihrer Rechtzeitigkeit. Eine ziffernmässige Fixierung des Zeitpunktes gibt das Gesetz auch hier nicht und konnte sie in Anbetracht der Mannigfaltigkeit der Verhältnisse nicht geben. Wohl aber gibt das Gesetz eine allgemeine Bestimmung, indem es sagt, die Anzeige hat „unverzüglich nach der Untersuchung“ zu erfolgen.

Was „unverzüglich“ heisst, ist oben[3]) schon einmal erörtert. Es wird hier darauf verwiesen.[4])

„Nach der Untersuchung“ hat die Anzeige zu erfolgen. Der Anzeigetermin ist also abhängig gemacht von der Untersuchungsfrist. Mit Untersuchung ist hier nur eine ordnungsmässige Untersuchung im oben erörterten Sinne verstanden. Ist die Untersuchung selbst schon verzögert, so wird in der Regel die nach Ablauf

[1]) J. W. 1900 S. 157 Nr. 22; oben S. 57.

[2]) Gareis 120; R. O. H. G. 7, 311; Busch 26, 186; Hanausek II 101; Stübel 446; Lehmann-Ring § 377 Nr. 71; Staub § 377 Anm. 26.

[3]) cf. S. 55.

[4]) Auf keinen Fall hat unverzüglich den Sinn, dass der Empfänger der Ware alles stehen und liegen lassen müsste, nur um die Mängelrüge erst abzusenden. Warneyer 4 ad § 377 Nr. 32.

der für sie vorgesehenen Frist erfolgte Anzeige auch nicht mehr rechtzeitig sein können.[1]) Ohne ordnungsmässige Untersuchung kann der Käufer rügen, braucht es aber nicht. Es würde heissen, sich an den Buchstaben des Gesetzes klammern, wenn man von dem Käufer, welcher gutmütig sofort, ja schon nach Empfang der der Ware vorausgesandten Faktura dem Verkäufer von daraus ersichtlichen Mängeln der Ware Anzeige macht, verlangen wollte, dass er diese Anzeige wiederhole, nachdem die Ware angekommen und ordnungsmässig untersucht worden ist.[2]) — Wie lange die Untersuchungsfrist zu bemessen ist und nach welchen Gesichtspunkten, wurde schon oben gesagt. Es mag hier nur noch einmal hervorgehoben werden, dass es im allgemeinen weder einer besonderen Beschleunigung der Untersuchung um der Mängelrüge willen[3]), noch auch einer besonderen Beschleunigung für die Mängelrüge[4]) selbst bedarf.[5]) Es würde ja sonst, wie Stübel[6]) richtig hervorhebt, ein besonders eifrig verfahrender Käufer gegenüber demjenigen, der weniger eifrig, sondern eben nur nach den allgemeinen Verkehrsanschauungen ordnungsmässig untersucht, schlechter gestellt sein, insofern er seine Rüge eher absenden müsste als jener. Das würde aber unbillig sein. — Auf der anderen Seite darf die Vollendung der Untersuchung und somit der Beginn der Anzeigefrist durch unnötig lange währende Untersuchungsmethoden nicht verzögert werden.[7]) Bei einer Untersuchung durch Sachverständige beginnt die Anzeigefrist erst mit Eingang des Sachverständigengutachtens, denn erst da bekommt der Käufer definitive

[1]) Düringer-Hachenburg § 377 IV 1 a.

[2]) v. d. Leyen 101 ff; Busch 15, 185; R. G. 36, 228; Düringer-Hachenburg § 377 IV 1 a u. b.

[3]) cf. jedoch S. 57.

[4]) cf. jedoch S. 78 a. E.

[5]) R. G. 47, 21; Bolze 15, 230.

[6]) Stübel 440.

[7]) R. O. H. G. 16, 322.

Gewissheit über den Tatbestand der Ware, erst da ist die Untersuchungsfrist abgelaufen. — Ist vereinbart, dass der Käufer erst anzuzeigen braucht, wenn sein Abnehmer angezeigt hat, so steht der Käufer dafür ein, dass der Abnehmer unverzüglich untersucht und anzeigt.[1]) — Ob eine Untersuchung in facto vorgenommen ist oder nicht, hat für den Beginn der Anzeigefrist keine Bedeutung.[2]) Lediglich die Frist, die für die ordnungsmässige Untersuchung erforderlich ist oder erforderlich sein würde, ist massgeblich.[3]) Es kommt hier das für den Käufer in der Untersuchung liegende Recht[4]) zur Geltung. Wie weit auch hier u. U. die Grundsätze von Treu und Glauben eingreifen, ist eine andere Frage.[5])

Der Ablauf der Untersuchungsfrist ist der Termin, in dem die Anzeigefrist, d. h. die Pflicht zur Anzeige beginnt. Damit soll nicht, wie schon hervorgehoben,[6]) gesagt sein, dass eine vor Ablauf jener Frist erstattete Anzeige ungiltig wäre. Nur ein Recht, nicht eine Pflicht besteht, bis zu jenem Termine mit der Mängelrüge zu warten.[7]) Aus diesem Satze folgt, dass, wenn eine vorzeitige, aber fehlerhafte Anzeige erfolgt war, diese durch eine noch rechtzeitige fehlerfreie ergänzt resp. berichtigt werden kann.[8]) Ist eine vorzeitige fehlerfreie Anzeige erfolgt, so bedarf es nach Ablauf der Untersuchungsfrist keiner nochmaligen Anzeige. Durch eine einmalige Anzeige ist dem Gesetze Genüge getan. — Eines besonders eiligen

---

[1]) R. O. H. G. 17, 217; Düringer-Hachenburg § 377 III 1 ad b cc); Ritter § 377 18 a.

[2]) R. O. H. G. 12, 92; 18, 204; Makower VIII a u. VI c 1.

[3]) Recht 14, 2291; cf. auch schon S. 53 a. E.

[4]) cf. oben S. 53.

[5]) cf. unten S. 99 ff.

[6]) cf. oben S. 53.

[7]) Warneyer 6 ad § 377 Nr. 15 u. 16; Recht 10, 1271; Lehmann-Ring § 377 Nr. 21; Staub § 377 Anm 29.

[8]) R. G. 47, 20; Ritter § 377 13 f.

Beförderungsmittels bedarf es für die Mängelrüge, wie wir schon sahen,[1]) im allgemeinen nicht. Nur in besonderen Fällen, z. B. bei bedeutenden Preisschwankungen der betreffenden Ware oder leichter Verderblichkeit derselben oder starkem Unterliegen der Mode kann solche geboten sein. Liegen solche besonderen Fälle jedoch nicht vor, so folgt aus obigem Satz, dass u. U. eine an sich verspätete Anzeige durch Anwendung eines besonders schnellen Beförderungsmittels zu einer noch rechtzeitigen gemacht werden kann.[2]) Würde z. B. eine Anzeige in der Form eines einfachen Postbriefes als ordnungsmässig anzusehen, aber verspätet sein, so ist eine an sich durch die besonderen Verhältnisse nicht gebotene telegraphische oder telephonische Anzeige noch rechtzeitig, wenn sie ebenso früh beim Verkäufer eintrifft, als ein rechtzeitig abgesandter Brief.[3]) — Wird nach ordnungsmässigem Geschäftsgang die Untersuchung nicht durch den Käufer selbst, sondern erst durch einen Abnehmer des Käufers vorgenommen, z. B. bei Originalpackungen etc.,[4]) so hat die Anzeige an den Verkäufer unverzüglich nach dem Eingang der Anzeige des Abnehmers beim Käufer zu erfolgen.[5]) Eine dem Käufer vom Abnehmer verspätet zugegangene Rüge lässt die daraufhin erfolgte Anzeige des Käufers gegenüber dem Verkäufer als verspätet erscheinen, auch wenn sie unverzüglich nach dem Erhalten weitergegeben war. Der Käufer haftet also insoweit für den Abnehmer.[6]) — Ist auch der Abnehmer als Kaufmann zur Mängelrüge nach § 377 H. G. B. verpflichtet, so wird man in solchen Fällen die dem Abnehmer zustehende Mängelrügefrist auch dem Käufer im Verhältnis zum

---

[1]) cf. S. 80.
[2]) Recht 14, 1002.
[3]) Recht 12, 624; Staub § 377 Anm. 29.
[4]) cf. S. 58 und 84 Anm. 3.
[5]) Düringer-Hachenburg § 377 IV 1 c; Makower § 377 VI c 1.
[6]) R. O. H. G. 17, 217; Düringer-Hachenburg § 377 III 1 ad b cc).

Verkäufer mit zu Gute rechnen müssen.[1]) — Ob, wenn der Käufer mehrere Abnehmer hat, alle oder nur einige oder auch nur einer Mängel der Ware dem Käufer anzeigt, ist gleichgültig. Die Anzeige eines Abnehmers genügt für die Begründung der unverzüglichen Anzeigepflicht des Käufers, es sei denn, dass erst durch Eingang mehrerer solcher Anzeigen die Gewissheit von der Mangelhaftigkeit erlangt wird.[2]) — Erstattet ein Nichtbevollmächtigter für den Käufer die Anzeige, so ist, falls der Tatbestand des § 180, 2 und 3 B. G. B. gegeben ist, die Genehmigung dieser Anzeige durch den Käufer noch als rechtzeitige Anzeige des Käufers selbst anzusehen, wenn sie innerhalb der Anzeigefrist erfolgte. Würde erst später genehmigt, so gilt, selbst wenn die Anzeige des Nichtbevollmächtigten an sich rechtzeitig wäre, doch die Genehmigung als nicht rechtzeitige Anzeige des Käufers. — Eine nicht rechtzeitig abgesandte Anzeige des Käufers kann nicht damit entschuldigt werden, dass der Käufer die Abwesenheit des Verkäufers oder ein sonstiges Verhindertsein desselben zur Entgegennahme der Anzeige gekannt habe.[3]) Lediglich nach den Verhältnissen des Käufers ist die Rechtzeitigkeit zu bemessen.

Handelt es sich um Teilleistungen und sind dieselben vereinbart, so hat, wie schon oben gesagt, an sich bei jeder Teilleistung eine Untersuchung stattzufinden und demgemäss auch eine Anzeige.[4]) Ausnahmsweise ist jedoch eine erst nach Eingang sämtlicher Teilleistungen erfolgte Anzeige noch rechtzeitig, wenn nämlich der Käufer erst beim Vorliegen sämtlicher Teile sich ein klares Bild über die Gesamtleistung als solche machen kann[5]) oder wenn dem Käufer eine Untersuchung der

[1]) Stübel 442.

[2]) Warneyer Bd. 2 ad § 377 Nr. 36.

[3]) Makower § 377 VI c 1; Staub § 377 Anm. 28, 29.

[4]) cf. oben S. 59 und auch R. G. 1, 53; 3, 101; 43, 65; Düringer-Hachenburg § 377 IV 1 α; Lehmann-Ring § 377 Nr. 54.

[5]) Bolze 13, 428; 21, 474.

einzelnen Teile nicht möglich ist oder nicht zugemutet werden kann. Sind Teilleistungen überhaupt nicht vereinbart, so besteht weder eine Untersuchungs- noch eine Mängelrügepflicht, bevor nicht alle Teile geliefert sind. Erst dann ist ja auch Ablieferung im oben erörterten Sinne[1]) erfolgt.[2]) In solchen Fällen ist demnach die Anzeige rechtzeitig, wenn sie erst nach vollendeter Ablieferung der ganzen Ware erfolgt.

Bei sog. heimlichen Mängeln, d. h. solchen, die bei einer ordnungsmässigen Untersuchung nach der Ablieferung nicht entdeckt werden konnten,[3]) hat die Anzeige erst unverzüglich nach ihrer Entdeckung[4]) zu erfolgen. Stets muss sie jedoch, soll sie Wirkung haben, auch in solchen Fällen vorgenommen werden vor Ablauf der Verjährungsfrist, da die Geltendmachung der Mängel nach dieser Frist allgemein ausgeschlossen ist. — Nur u. U. kann auch nach Ablauf der Verjährungsfrist eine rechtzeitige Mängelrüge und nur in bestimmter Richtung noch Wirkung haben. Wird nämlich nach Ablauf der Verjährungsfrist, jedoch gemäss § 377, III, noch rechtzeitig angezeigt, so hat der Käufer zwar keine aggressiven Rechte mehr gegen den Verkäufer wegen vorhandener Mängel, wohl aber kann er verteidigungsweise etwaige Schadensersatzansprüche wegen der Mängel gegen Forderungen des Verkäufers aufrechnen.[5]) Ohne rechtzeitige Anzeige wäre er dazu nicht berechtigt.

---

[1]) cf. S. 50 a. E.

[2]) R. G. 43, 66.

[3]) Als verborgener Mangel gilt es auch, wenn die Ware verpackt und die Verpackung ohne Beeinträchtigung des Wertes der Ware nicht entfernt werden kann, z. B. bei Konserven, Champagner oder wenn bei der zulässigen Vornahme von Stichproben der Fehler nicht zu entdecken war. Staub § 377 Anm. 31.

[4]) Unter Entdeckung ist nicht die blosse Vermutung, sondern die sichere Feststellung des Vorhandenseins von Mängeln zu verstehen. cf. R. O. H. G. 15, 215; Lehmann-Ring § 377 Nr. 71.

[5]) B. G. B. § 479.

Die Rechtsprechung legt im allgemeinen an alle Fragen der Rechtzeitigkeit bei der Mängelrüge einen strengen Massstab an[1]) und verfährt darin nur richtig, denn um der Rechtzeitigkeit und der schnellen Erledigung der Geschäfte willen sind ja in erster Linie die Bestimmungen über die Mängelrüge mit getroffen.

III. Personen, Kosten, Ort und Gefahr der Ankunft der Mängelrüge.

§ 10.

Als für die Mängelrüge in Betracht kommende Personen sind in erster Linie zu nennen der Käufer und der Verkäufer selbst. Daneben können jedoch auch ausdrücklich oder stillschweigend zur Erstattung oder zur Empfangnahme der Mängelrüge ermächtigte Personen in Frage stehen. Solche Ermächtigung kann sowohl speziell für einen Fall als auch durch eine allgemein erteilte Vertretungsbefugnis (z. B. beim Prokuristen) erfolgt sein.[2])

Was speziell die Vornahme der Mängelrüge anbetrifft, so ist dieselbe durch einen Nichtbevollmächtigten, also einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, da die Mängelrüge ein einseitiges Rechtsgeschäft ist,[3]) nach § 180,1 B. G. B. an sich unzulässig und unwirksam.[4]) Es kann aber, wenn die Fälle des § 180, 2 u. 3 B. G. B. vorliegen, eine nachträgliche Genehmigung durch den Käufer der Rüge Wirksamkeit verleihen, vorausgesetzt,

---

[1]) Recht 12, 3485; Hanausek II 59; Düringer-Hachenburg § 377 IV 1 a.

[2]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 51.

[3]) cf. oben S. 72.

[4]) Warneyer Bd. 2 ad § 377 Nr. 37; Bd. 4 ad § 377 Nr. 43; Düringer-Hachenburg § 377 IV, 4; Lehmann-Ring § 377 Nr. 51; Staub § 377 Anm. 27.

dass die Genehmigung rechtzeitig, d. h. noch vor Ablauf der Anzeigefrist erfolgt.[1] [2])

Und auch zur Inempfangnahme der Mängelrüge können Personen ermächtigt sein. Der Kreis der gesetzlich dazu Ermächtigten ist hier sogar ein noch weiterer als bei der Erstattung der Mängelrüge. Zwar ist eine Inempfangnahme durch Nichtbevollmächtigte auch hier unzulässig. Anzeigen an die Polizei, die Staatsanwaltschaft, an Gesundheitsämter etc. können daher nicht als ordnungsmässige Mängelrügen aufgefasst werden.[3] [4]) Doch kommen hier zu den sonst Bevollmächtigten kraft besonderen Rechtssatzes noch hinzu der Handlungsagent mit festem Wohnsitz[5]), der Handlungsreisende und der als Handlungsreisender tätige Handlungsagent, leztere beide jedoch nur, wenn sie ortsanwesend sind.[6]) — Bei anderen Handlungsgehilfen, die nur zur Vornahme einzelner Rechtshandlungen für den Geschäftsherrn ermächtigt sind, hat man von Fall zu Fall zu entscheiden, ob die Annahme

---

[1]) Düringer-Hachenburg § 377 IV, 4: Staub § 377 Anm 27 und auch schon oben S. 83.

[2]) Die Ansicht Ritters ad § 377, 13 f., dass die Genehmigung in solchen Fällen nach § 184 I auf den Zeitpunkt der Vornahme der Anzeige zurückwirke, kann nicht als richtig befunden werden (so auch O. L. G. 6, 224), da Ritter ausser acht lässt, dass hier, wenn die Anzeigefrist verstrichen ist, durch die Unterlassung der rechtzeitigen persönlichen oder durch einen Bevollmächtigten zu erstattenden Mängelrüge und die dieser Unterlassung nach § 377 Abs. II folgenden Genehmigung der Ware vor der Genehmigung der Vertretungshandlung eine Verfügung über die Ware getroffen ist und also § 184 II zur Anwendung zu kommen hat.

[3]) Düringer-Hachenburg § 377 IV 5; Makower § 377 IV *a*; Lehmann-Ring § 377 Nr. 51.

[4]) Selbst wenn der Verkäufer von einem Nichtbevollmächtigten bestimmt erfährt, dass der Käufer Rüge erheben wolle, braucht er diese Kenntnis doch nicht gegen sich gelten zu lassen, es sei denn, dass der Nichtbevollmächtigte als Bote des Käufers gehandelt habe, cf. Hanausek II S. 19; Düringer-Hachenburg § 377 IV 2 a; Lehmann-Ring § 377 Nr. 51.

[5]) H. G. B. § 86 II.

[6]) H. G. B. §§ 55 Abs. III und 87.

der Mängelrüge zu den Rechtshandlungen gehört, zu denen sie ermächtigt waren, oder nicht.[1]) — Hat der Käufer die Wahl, ob er die Anzeige dem Käufer selbst oder diesem oder jenem zur Annahme Ermächtigten erstatten soll, so wird er sie an denjenigen senden müssen, zu dem sie am schnellsten und am billigsten gelangen kann. — Konkurrieren Billigkeit und Schnelligkeit miteinander, so ist die Schnelligkeit ausschlaggebend.[2]) — Bei Gesamtvertretern genügt die Anzeige an einen derselben.[3])

Die durch die Mängelrüge entstehenden Kosten hat der Käufer zu tragen. Zu dieser Entscheidung gelangt man nicht durch die Erwägung, in wessen Interesse die Mängelrüge erfolgt;[4]) denn sie erfolgt im Interesse beider Parteien: dem Käufer wahrt sie seine Rechte, dem Verkäufer gibt sie die Möglichkeit, sich den Beweis der Vertragsmässigkeit seiner Leistung rechtzeitig zu sichern, oder anderweit über die Ware zu disponieren, kurz die Möglichkeit, sich über seine Massnahmen in Bezug auf die Ware klar zu werden. Es folgt dies vielmehr einfach aus den Worten des Gesetzes, die dem Käufer die Pflicht der Anzeige auferlegen, und daraus, dass das Gesetz mit einer Pflicht, die nicht auf ausdrückliches Verlangen eines anderen entsteht, wie z. B. B. G. B. §§ 403 oder 919, regelmässig auch die Tragung der Kosten für die Erfüllung dieser Pflicht auferlegt, cf. z. B. B. G. B. § 448 i. Verb. mit 433.

Was den Ort der Mängelrüge anlangt, so wird die Rüge in der Regel vom Geschäftsort des Käufers an den Geschäftsort des Verkäufers gesandt werden. Immer notwendig ist dies jedoch keineswegs. So kann die Mängelrüge

---

[1]) H. G. B. § 54. cf. auch Düringer-Hachenburg § 377 IV.

[2]) Ob der Käufer, wenn die Anzeige an einen Ermächtigten erstattet war, von diesem rechtzeitig oder überhaupt erfährt, ist für ihre Wirksamkeit gegenüber dem Käufer gleichgiltig, cf. R. O. H. G. 5, 105 ff.; Düringer-Hachenburg § 377 IV 5 a.

[3]) R. G. 53, 230; Ritter § 377 13 f; Staub § 377 Anm. 28.

[4]) So u. a. Schönfeld im Recht 7, 288.

in gleicher Weise erfolgen vom Erfüllungs- oder vom Abnahme- oder vom Untersuchungsort aus. Nach ordnungsmässigem Geschäftsgang wird sie von dort aus und dorthin erfolgen müssen, von wo aus und wohin sie mit der geringsten Mühe, mit den geringsten Kosten und vor allem am schnellsten erfolgen kann.[1]) Konkurrieren Mühe und Kosten einerseits mit der Schnelligkeit andererseits, so wird, wie auch oben auf S. 87, die Schnelligkeit ausschlaggebend sein müssen.

Die Gefahr der Ankunft der Mängelrüge beim Verkäufer trägt, wie aus § 377 Abs. IV zu entnehmen ist, der Verkäufer. In dieser Bestimmung des jetzigen H. G. B. liegt eine bewusste Abweichung sowohl vom A. H. G. B., das eine derartige Bestimmung nicht enthielt, wiewohl in Theorie und Praxis eine entsprechende Meinung vertreten wurde,[2]) als auch von der allgemeinen Regel des § 130 B. G. B., nach der eine Anzeige nur wirksam ist, wenn sie zugeht.[3]) Dieser Abweichung liegt folgender Gedanke zugrunde: Man hat davon auszugehen, dass der Verkäufer die Pflicht hat, vertragsmässig oder gesetzmässig zu liefern. Hat er dies getan, so schadet ihm das Ausbleiben der Mängelrüge nicht, weil sie für ihn wirkungslos ist. Andernfalls trifft ihn der Vorwurf der Kontraktlosigkeit, wodurch er den Käufer zu besonderen Massnahmen nötigt. Und weil er es ist, der in diesem letzten Falle die Mängelrüge veranlasst hat, so hat er auch die Gefahr der Ankunft derselben zu übernehmen, der Käufer ist von dieser Gefahr befreit.[4])

Dieser Satz, dass der Käufer von der Gefahrtragung befreit ist, gilt nur, wenn der Käufer seinerseits die Mängelrüge ordnungsmässig abgesandt hat. Als ordnungsmässige Absendung würde es beispielsweise nicht anzusehen sein, wenn — wiewohl hier von einer eigentlichen Absendung im

[1]) Gareis D. St. S. 135

[2]) Z. H. R. 26, 571; Gareis D. St. S. 119.

[3]) cf. D. I S. 224.

[4]) Stübel S. 436; Düringer-Hachenburg § 377 VIII 2.

wörtlichen Sinne nicht geredet werden kann — bei persönlicher Anzeige der Käufer dem Verkäufer, von dem er weiss, dass er taub oder schwerhörig ist, die Mängelrüge so mitteilt, dass dieser sie nicht verstehen kann.[1]) — Bei Übermittlung durch Boten wird es als nichtordnungsmässige Absendung anzusehen sein, wenn den Käufer culpa in eligendo trifft.[2]) Ist dies nicht der Fall, so hat der Käufer mit der Absendung des Boten das seinerseits Erforderliche getan, die Gefahr der Ankunft ist mit der Übergabe der Anzeige an den Boten auf den Verkäufer übergegangen. Ereignet sich daher unterwegs für den Boten ein Unglück und trifft infolgedessen die Anzeige beim Verkäufer verspätet ein, so kann das dem Käufer keinen Schaden mehr tun. — Der Ansicht Staubs,[3]) dass die Absendung durch einen zuverlässigen Boten nicht genüge, weil der Bote, wenn er den Auftrag angenommen hat, der Beauftragte des Käufers sei, kann nicht beigepflichtet werden. Es würde sonst dasselbe auch bei der Übersendung eines Briefes per Post, wo doch die Post auch als Beauftragter des Käufers handelt, gelten müssen. Das ist aber unbestritten nicht der Fall. Vielmehr gilt bei Übersendung der Anzeige durch die Post, wie auch durch einen besonderen Boten, dass die Gefahr der Ankunft mit der Absendung, d. h. mit der Übergabe des Briefes an die Post bezw. an den Boten als auf den Verkäufer übergegangen anzusehen ist. — Dass die Post im speziellen als ein zuverlässiger Übermittler anzusehen ist, dass also bei ihr von einer culpa in eligendo nicht die Rede sein kann, muss angenommen werden. Und zwar genügt bei ihr die Übergabe eines einfachen Briefes. Ein „Einschreibebrief" ist nicht nötig.[4]) Allerdings muss der Brief sich in ordnungsmässigem Zustande befinden. Dazu

---

[1]) Makower § 377 VIb.

[2]) R. O. H. G. 5, 105 ff.; Ritter § 377, 13 f.

[3]) Staub § 377 Anm 26.

[4]) R O. H. G. 19, 154 ff.; Hanausek II 17, 35; Düringer-Hachenburg § 377 IV; Makower § 377 VIb; cf. auch schon oben S. 78.

wird man auch rechnen müssen, dass der Brief frankiert ist. Wird die Mangelrüge in einem unfrankierten Briefe abgesandt, so ist die Gefahr des Ankaufs auch noch nicht auf den Verkäufer übergegangen.[1]) Der Umstand, dass die Wirksamkeit der Mängelrüge durch das Frankiertsein nicht berührt wird, wie Düringer-Hachenburg[2]) gegenargumentierend hervorhebt, insofern als der Verkäufer sowohl einen frankierten wie einen unfrankierten Brief annehmen und einen frankierten Brief zurückweisen könne, kann für die Frage der Gefahrtragung nicht von Bedeutung sein. Auf die Annahme der Mängelrüge kommt es für die Wirksamkeit derselben garnicht an.[3]) — Was für einfache Briefe in Bezug auf das Frankiertsein gilt, gilt auch für „eingeschriebene" Briefe und für Telegramme. — Dass der Käufer, wenn er bei ordnungsmässiger Absendung der Mängelrüge später erfährt, dass dieselbe gleichwohl nicht angekommen sei, nach § 377 H. G. B. zu einer abermaligen Anzeige verpflichtet sei, kann nicht zugegeben werden.[3]) Wohl aber wird im allgemeinen nach Treu und Glauben eine derartige Pflicht bestehen.[4]) — Als nicht ordnungsmässige Absendung ist es auch anzusehen, wenn der Käufer die Adresse falsch oder nicht genau angibt.[5])[6]) Auch dann trägt der Verkäufer die Gefahr nicht. Eine dadurch hervorgerufene Verzögerung der Anzeige fällt demnach dem Käufer zur Last. In solchem Fall hat auch der Käufer, anders als oben, wenn er die Unrichtigkeit

---

[1]) Makower § 377 VIb; Ritter § 377, 13 f.; Staub § 377 Anm. 26.

[2]) Düringer-Hachenburg § 377 IV, 3.

[3]) So auch Schönfeld im Recht 7, 288.

[4]) R. O. H. G. 19, 56; Hanausek II 18; Lehmann-Ring § 377 Nr. 55, cf. unten S. 99 ff.

[5]) Düringer-Hachenburg § 377 IV 5; VIII 2b; Ritter § 377 13 f.; Staub § 377 Anm. 26.

[6]) Kennt der Käufer die Adresse des Verkäufers nicht, z. B. wenn dieser ein Hausierer ist, so kann die Anzeige u. U. überhaupt unterbleiben. Düringer-Hachenburg § 377 VIII 2c; Lehmann-Ring § 377 Nr. 55.

der Adresse erfährt, unverzüglich eine abermalige Anzeige mit richtiger Adresse zu erstatten, und nur wenn diese noch rechtzeitig ist, hat er seine Rechte wegen vorhandener Mängel gewahrt. Gelangt trotz nicht ordnungsmässiger Absendung der Anzeige dieselbe gleichwohl an den Verkäufer, so kann allein aus der Nichtordnungsmässigkeit der Absendung keine für den Käufer nachteilige Konsequenz gezogen werden.

Vierter Teil.

Die rechtlichen Folgen der Mängelrüge.

§ 11.

Über die Rechtsfolgen einer ordnungsmässigen Mängelrüge finden sich, von der speziell für den Distanzkauf aufgestellten, hier nicht zu behandelnden Regel des § 379 abgesehen, nach welcher der Käufer, wenn er die ihm von einem anderen Orte übersandte Ware beanstandet, verpflichtet ist, für deren einstweilige Aufbewahrung zu sorgen, im H. G. B. keine Bestimmungen. Daraus und weil das H. G. B. lediglich ein Ergänzungsgesetz zum B. G. B. für Verhältnisse des Handelsverkehrs ist, bei dessen Schweigen, soweit nicht Handelsgewohnheitsrecht in Betracht kommt, stets die Regeln des B. G. B. zur Anwendung kommen, folgt, dass auch hier die Regeln des B. G. B. gelten. Es ist demnach die Rechtslage im Handelsverkehr hier genau so, wie sie es im Nichthandelsverkehr bei Vorhandensein von Sachmängeln an einer gekauften Sache ist. Die Bestimmungen der §§ 459 bis 480 kommen in Anwendung. — Auf die dem Käufer im einzelnen danach zustehenden Rechte soll, da dies ausserhalb des Rahmens dieser speziell handelsrechtlichen Arbeit liegen würde, hier nicht eingegangen werden. Hervorgehoben mag nur sein, dass, von vertraglichen Bestimmungen abgesehen, trotz ordnungsmässiger Mängelrüge die Rechte des Käufers gleichwohl ausgeschlossen sind, 1. wenn der Käufer bei Kaufabschluss die Mängel kannte oder sie, ohne dass sie ausdrücklich zugesichert oder arglistig verschwiegen waren,

infolge grober Fahrlässigkeit nicht kannte,[1]) 2. wenn die Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung unter der Bezeichnung als Pfand verkauft wurde,[2]) und 3. wenn der Käufer die Sache, obschon er den Mangel kannte, vorbehaltslos als Erfüllung angenommen hat.[3]) Dass speziell im letzten Falle die Anwendung des § 464 B. G. B. durch § 377 H. G. B. ausgeschlossen sei,[4]) kann nicht für richtig befunden werden. Es ist vielmehr durch § 377 H. G. B. der Grundsatz des § 464 B. G. B. noch in verschärfter Weise anerkannt, insofern nicht nur die erkannten, sondern auch die bei ordnungsmässiger Untersuchung erkennbaren Mängel der Ware gegen den Käufer wirken, wenn er sich nicht rechtzeitig gegen solche Wirkung verwahrt.[5]) Daher ist der Käufer, wenn er die Vorschrift des § 464 B. G. B. nicht beachtet hat, mit seinen Rechten ausgeschlossen, selbst wenn er später eine nach § 377 H. G. B. noch rechtzeitige Rüge erstattete.[6])

Der Ansicht Makowers,[7]) dass bei rechtzeitiger Anzeige nach § 377 H. G. B. eventuell auch die Rechtsfolgen der §§ 481 bis 491 B. G. B. eintreten könnten, kann nicht beigetreten werden. Denn entweder liegen bei Viehkäufen der §§ 481ff. sog. spezielle Viehmängel nach § 482 B. G. B. vor — dann treten die Rechtsfolgen der §§ 487 bis 491 B. G. B. ein, es bedarf jedoch keiner Rüge nach § 377 H. G. B., sondern nach § 485 B. G. B.; oder es liegen spezielle Viehmängel nach § 482 B. G. B. nicht vor, — dann bedarf es keiner Rüge nach § 485 B. G. B., sondern nach § 377 H. G. B. und es treten die allgemeinen Gewährleistungsregeln der §§ 459ff. B. G. B. in Kraft.

---

[1]) B. G. B. § 460.
[2]) B. G. B. § 461.
[3]) B. G. B. § 464.
[4]) So Cosack H. R. S. 168.
[5]) cf. auch Schönfeld im Recht 6, 504.
[6]) J. W. 06, 763.
[7]) Makower § 377 VIII b.

Desgleichen kann Staub[1]) nicht beigepflichtet werden, wenn er meint,[2]) dass auch für die Mängel des § 378 H. G. B. dem Käufer die allgemeinen Rechte für Sachmängel nach § 459ff. B. G. B. zustehen. Die Begründung Staubs, dass nur so die schwierige Frage und unberechtigte Scheidung, ob die Lieferung eines aliud, eines plus oder minus einerseits oder ein Sachmangel andererseits vorliegt, umgangen sei, mag de lege ferenda beachtenswerte Gesichtspunkte angeben, de lege lata ist jene Frage und Scheidung noch nicht völlig beseitigt. Denn wenn § 378 auf § 377 verweist, so kann, da in § 377 nur über die Folgen der unterlassenen, nicht aber auch über die Folgen der vorgenommenen Mängelrüge Bestimmungen getroffen sind, dadurch auch nur auf diese verwiesen sein. Hätte der Gesetzgeber die Fälle des § 378 auch in bezug auf die Folgen der vorgenommenen Mängelrüge denen des § 377 gleichstellen wollen, warum lässt er denn auf sie lediglich § 377 anwenden und sagt nicht etwa einfach: „Wenn eine andere als die bedungene Ware oder eine andere als die bedungene Menge von Waren geliefert ist, so sind, sofern . . . . . betrachten musste, die in den Abweichungen enthaltenen Mängel den Mängeln des § 377 gleich zu erachten?“ — Dass in den Fällen, in denen sich Quantitätsmängel als Qualitätsmängel darstellen, Sachmängelhaftung nach B. G. B. zur Anwendung kommt, braucht kaum besonders hervorgehoben zu werden. In solchen Fällen greift ja überhaupt § 378 garnicht ein, es kommt vielmehr § 377 direkt zur Anwendung.[3]) Nicht in einem jeden Quantitätsmangel und vor allem auch nicht in der Lieferung eines aliud ist jedoch ein Qualitätsmangel zu sehen, und daher hat man daran festzuhalten, dass bei Lieferung eines aliud oder einer geringeren als der vereinbarten Menge der Waren Leistungs- bezw. teilweiser Leistungsverzug, bei Lieferung einer grösseren als der vereinbarten Menge der Waren Er-

[1]) Staub § 378 Anm. 9.

[2]) Wie Staub auch O. L. G. 10, 342; Ritter § 378, 2a; Scheer S. 125 ff.

[3]) cf. auch schon oben S. 35.

füllung plus Zusendung unbestellter Ware vorliegt.[1]) — War der Käufer bereits Eigentümer der Ware, so fällt das Eigentum durch die Mängelrüge nicht ohne weiteres an den Verkäufer zurück; es bedarf vielmehr eines besonderen Rückübereigenungsaktes, der sich allerdings durch Annahme der Mängelrüge nach B. G. B. § 930 vollziehen kann.[2]) — Über die Folgen der bei sog. heimlichen Mängeln nach Ablauf der Verjährungsfrist erstatteten Mängelrüge cf. schon oben S. 84.

Im Gegensatz zu den Folgen der vorgenommenen Mängelrüge enthält das H. G. B. über die rechtlichen Folgen der unterlassenen Mängelrüge eine Bestimmung. Nach § 377 Abs. II und III soll in solchem Falle die Ware als genehmigt gelten. — Allein an die Unterlassung der Mängelrüge knüpft das Gesetz diese Wirkung. Es ist sonach gleichgiltig, ob der Käufer vorher eine ordnungsmässige Untersuchung oder überhaupt eine Untersuchung vorgenommen hat, oder ob er nur auf Grund von Mitteilungen Dritter oder nur auf Grund von Vermutungen oder gar gegen seine Überzeugung das Vorliegen von Mängeln angezeigt hat.[3]) Die Anzeige dagegen muss ordnungsmässig sein. Auch nur geringe Abweichungen vom Gesetz schaden dem Käufer und lassen die Ware als genehmigt gelten.

Das Gesetz sagt: „Die Ware gilt als genehmigt." Damit bringt es eine gesetzliche Fiktion, nicht nur eine Präsumption zum Ausdruck.[4]) Es will die Unterlassung der Mängelrüge somit angesehen wissen als eine Rechtshandlung, deren Wirkungen lediglich deshalb eintreten, weil ein bestimmter gesetzlicher Tatbestand erfüllt ist ohne Rücksicht darauf, ob die Wirkungen von dem Handelnden gewollt sind oder nicht.[5]) Die Folge hiervon ist, dass ein Gegenbeweis gegen das nach

[1]) so auch O L. G. 8, 70; Stübel S. 449; Düringer-Hachenburg § 378 III 1 a. E.; Lehmann-Ring § 378, 7 ff; Makower § 378, 1.

[2]) cf. Lehmann-Ring § 377 Nr. 61; auch Staub S. 382 Anm. 60 u. 61.

[3]) cf. schon oben S. 53 u. 81.

[4]) Düringer-Hachenburg § 377 VI: Lehmann-Ring § 377 Nr. 66; Makower § 377 VII a; Staub § 377 Anm. 38.

[5]) Assmann S. 66.

dem Gesetz Geltende ausgeschlossen ist. Mag demnach der Käufer auch nie im Geringsten die Absicht gehabt haben, die Ware als Erfüllung anzunehmen, mag das gerade Gegenteil der Fall gewesen sein und mag der Käufer beides noch so klar und deutlich beweisen, das Gesetz bleibt bestehen: die Ware gilt als genehmigt. Selbst eine Anfechtung der Genehmigung wegen Irrtums oder Drohung oder Betrugs[1]) ist ausgeschlossen. Es liegt eben im Wesen der Fiktion begründet, dass sie auch eine Tatsache, deren Nichtvorhandensein ganz gewiss und unbestritten feststeht, gleichwohl als vorhanden annimmt. Es muss demnach auch hier der Käufer die Ware, obwohl er sie nicht genehmigt hat, als Erfüllung behalten bezw. annehmen. Weigert er die Annahme, so gerät er in Annahmeverzug und hat dessen Folgen zu tragen.[2]) — Da der Vertrag als von seiten des Verkäufers vorschriftsmässig erfüllt gilt, so muss der Käufer demgemäss — und das ist der springende Punkt — auch seinerseits dem Vertrage entsprechend leisten, muss vertragsmässig zahlen, ohne auch nur irgendwelche Preisminderungs- oder Schadensersatzansprüche gegen den Verkäufer erheben zu können.[3])

Der Umfang der Genehmigung erstreckt sich nur auf die vom Käufer nicht gerügten Mängel. Hat daher der Käufer etliche Mängel gerügt, etliche dagegen nicht, so kann die Bestimmung des § 377 Abs. II H. G. B. nur hinsichtlich der nicht gerügten Mängel eintreten, während die Rechte der gerügten Mängel dem Käufer vorbehalten sind.[4]) Es gilt dies insonderheit auch bei Käufen, bei denen eine Probe oder ein Muster vor Ab-

---

[1]) cf. jedoch oben § 4 der Abhandlung.

[2]) Düringer-Hachenburg § 377 VI d.

[3]) R. G. 25, 27; Lehmann-Ring § 377 Nr. 69; Ritter 378, 2; Staub § 377 Anm. 38.

[4]) R. G. 18, 55; 38, 11; O. L. G. II 249; Lehmann-Ring § 377 Nr. 67; Makower § 377 VI a; Staub § 377 Anm. 38.

lieferung der ganzen Ware zur Untersuchung zugesandt ist, wenn bei der später gelieferten Ware sich Mängel herausstellen, die an der Probe etc. nicht erkennbar waren oder umgekehrt und entweder nur die Probe oder nur die Ware gerügt wurde.[1]) — Fanden sich bei einem Successivlieferungsvertrag an einer früheren Lieferung Mängel und wurden dieselben nicht gerügt, so erstreckt sich die dadurch erfolgte Genehmigung nicht auf die nachfolgenden Lieferungen,[2]) es sei denn, dass frühere Lieferungen laut Parteiabrede die Stelle einer zur Untersuchung zugesandten Probe im obigen (S. 67 ff.) Sinne hatte.[3])

Zweifelhaft kann es sein, welche Wirkung die Genehmigung in den Fällen der Zusendung einer anderen als der bedungenen Menge der Waren hat. Auf der einen Seite[4]) behauptet man, der Käufer müsse auch hier die Ware, gleichviel ob mehr oder weniger geliefert war, annehmen und den vereinbarten Preis zahlen. Auf der anderen Seite[5]) scheidet man, ob ein Gesamt- oder Pauschalpreis vereinbart, oder ob der Preis nach Stück, Mass und Gewicht erst zu berechnen ist. Im ersten Falle soll wie oben entschieden werden: der vereinbarte Preis ist zu zahlen. Im zweiten Falle dagegen ist nur die tatsächlich gelieferte Ware zu bezahlen. Es wirkt demnach hier die Genehmigung nur insoweit, als der Käufer bei Mehr-Lieferungen verpflichtet ist, das Mehr anzunehmen und

[1]) Lehmann-Ring § 377 Nr. 67.

[2]) Düringer-Hachenburg § 377 VI d; im Prinzip a. A. Bolze 22, 440.

[3]) cf. auch Recht 13, 2032. „Zu beachten ist jedoch, dass, wenn bei einer grösseren Anzahl aufeinander folgender Lieferungen sämtliche Waren den gleichen angeblichen Mangel hatten, und doch unbeanstandet vom Käufer angenommen wurden, obwohl der Mangel kein geheimer war, der Käufer infolge der in dem Schweigen liegenden anzunehmenden Genehmigung seiner Rechte gleichwohl verlustig gehen kann."

[4]) Z. H. R. 54, 90; Warneyer 6 ad § 378 Nr. 1; Recht 05, 1058; Lehmann-Ring § 378, II Nr. 10; Makower § 378 IV; Staub § 378 10 u. 11.

[5]) Düringer-Hachenburg § 378 IV 3; Litthauer § 378 a 2; Schneider in Z. H. R. 54, 92, 93; Schoenfeld im Recht 9, 366.

zu bezahlen, bei Minderlieferungen dagegen den Verkäufer wegen des Mankos nicht in Verzug setzen und das Manko nicht nachfordern kann, aber auch nur das tatsächlich gelieferte bezahlen muss. — Diese letztere Ansicht dürfte die richtige sein und zwar von sonstigen Gründen[1]) abgesehen schon deshalb, weil sie gegenüber der allgemeinen Regel keine Abweichung enthält. Auch bei dieser Entscheidung muss ja der Käufer den vereinbarten Preis zahlen, nur dass dieser in seinem Umfang vor der Lieferung der Ware noch nicht fest bestimmt ist, wie beim Gesamt- oder Pauschalpreis, sondern sich zunächst nur als ein Faktor darstellt, der, um den Gesamtpreis zu ergeben, mit der Summe der tatsächlich gelieferten Stück-, Mass-, Gewichts- oder sonstigen Einheiten multipliziert werden muss.

Dass sowohl in den Fällen des § 377, wie auch in denen des § 378 eine rechtsgeschäftliche Genehmigung der Ware, die auch in konkludenten Handlungen zum Ausdruck kommen kann,[2]) trotz ordnungsmässig erfolgter Mängelrüge die gleiche Wirkung in Bezug auf den Ausschluss der Rechte des Käufers wegen Mängeln haben kann, bedarf kaum einer ausdrücklichen Hervorhebung.[3])[4]) Bei solcher Genehmigung ist, anders als oben, ein Gegenbeweis, wie auch eine Anfechtung wegen Irrtums, Zwang, Drohung und Betrug möglich.[5])[6])

[1]) cf. bei Schoenfeld im Recht 9, 366.

[2]) Recht 12, 286; 14, 4022; Düringer-Hachenburg § 377 III c.

[3]) Recht 6 Nr. 381.

[4]) Das Gleiche gilt umgekehrt: Es kann der Verkäufer trotz unterbliebener rechtzeitiger Mängelrüge dem Käufer gleichwohl die ihm nach B. G. B. zustehenden Rechte einräumen. cf. Recht 13, 3856.

[5]) Warneyer Bd. 2 ad § 377 Nr. 45; Bd. 3 ad § 377 Nr. 35; Bd. 4 ad § 377 Nr. 51.

[6]) „Für die Frage ob eine unterlassene Mängelrüge als Genehmigung anzusehen ist, ist das Recht desjenigen Platzes massgebend, welcher als Ort der Erfüllung für den Käufer zu gelten hat. Denn ob jemand durch sein Tun oder Unterlassen etwas genehmigt, lässt sich nur beurteilen nach dem Rechte und Gebrauch des Ortes, an dem er seinen Wohnsitz hat.“ cf. Recht 13, 1932: auch Warneyer Bd. 4 ad § 377 Nr. 6; Staub ad § 377 Einleitung.

Schluss.

Mängelrüge nach B. G. B. § 242.

§ 12.

Im Laufe der obigen Erörterungen, insbesondere in Teil II und III der Abhandlung sahen wir, dass das Anwendungsgebiet, für die handelsrechtliche Mängelrüge ein verhältnismässig eng begrenztes und beschränktes ist. Eine Erweiterung des Anwendungsgebietes im Wege der Analogie ist, da § 377 H. G. B. sich als eine spezifische Sondervorschrift darstellt, nicht möglich.[1]) — Und doch gibt es eine ganze Anzahl Fälle, bei denen wir mit Bestimmtheit eine Anzeige erwarten und bei denen sich daher die Frage aufdrängt, gibt es neben der speziellen Vorschrift des § 377 nicht noch eine allgemeine Bestimmung, die auch in diesen Fällen, wo die Voraussetzungen des § 377 H. G. B. nicht oder wenigstens nicht alle gegeben sind, wo die Rechtslage aber eine ganz ähnliche ist wie dort, eine Pflicht für den Käufer, baldigst Aussetzungen an einer als Vertragserfüllung angebotenen Leistung anzuzeigen und mitzuteilen, inwieweit er Rechte aus etwaigen Vertrags- oder Gesetzwidrigkeiten geltend zu machen gedenke, konstatiert.

Was zunächst die Fälle, die hier in Betracht kommen können, anbetrifft, so sind dieselben zumeist oben schon

---

[1]) R. G. 25, 90 ff; 49, 159; O. L. G. 6, 90; 10, 342; 14, 378; Warneyer 6 ad § 377 Nr. 1; Düringer-Hachenburg § 377 X; Lehmann-Ring § 377 Nr. 8, 9; Makower § 377 II a; Ritter § 377 13 a; Hanausek I 254.

gestreift. Sie lassen sich, jenachdem diese oder jene der Voraussetzungen der handelsrechtlichen Mängelrüge bei ihnen fehlt, in fünf Gruppen einteilen: 1. Nichtgekaufte Ware wurde zugesandt. — 2. Die Ware war zwar gekauft, doch lag kein beiderseitiges oder überhaupt kein Handelsgeschäft vor. — 3. Beiderseitiger Handelskauf lag vor, doch war die Ablieferung noch nicht erfolgt. — 4. Beiderseitiger Handelskauf und Ablieferung lag vor, doch waren Mängel im Sinne der §§ 377, 378 nicht vorhanden. — 5. Besondere Fälle z. B. der Käufer, der rechtzeitig gerügt hat, erfährt bestimmt, dass die Anzeige nicht angekommen ist etc. —

In all diesen Fällen sind die inneren Gründe, die für eine derartige Pflicht sprechen, wenn auch nicht genau dieselben wie oben, so doch ähnliche, wenn auch nicht ganz so zwingend, so doch auch Beachtung fordernde. Hat doch auch hier zumeist der Absender der Ware ein berechtigtes Interesse daran, bald zu erfahren, ob die von ihm angebotene Leistung angenommen und der Vertrag mit ihr zum definitiven Abschluss gekommen ist oder nicht; auch hier kann der Empfänger der Ware nicht müssig zusehen dürfen, wie dem Absender u. U. beträchtlicher Schade entsteht, den er mit geringer Mühe seinerseits hätte abwenden können; auch hier darf eine Spekulationsmöglichkeit für den Empfänger auf Kosten des Absenders nicht bestehen.

Unser Rechtsempfinden sucht daher geradezu auch bei diesen Fällen nach einer Vorschrift, die hier eine, der handelsrechtlichen entsprechenden Anzeigepflicht dem Warenempfänger auferlegt. Und nicht vergeblich! Einen speziellen Paragraphen, der expressis verbis wie § 377 von einer Anzeigepflicht redet, enthält das B. G. B., das einzige Gesetz, das hier in Frage kommen kann, allerdings nicht. Doch enthält es eine Bestimmung, die auch in diesen Fällen die Weisungen gibt, die allein auch hier zu richtigen Entscheidungen führen können. Der § 242

ist es, der zur Anwendung zu kommen hat, jener Paragraph, „der nicht nur volle Vertragstreue nach dem gesetzten Recht, sondern für die Ausführung der Schuldverbindlichkeit, soweit das gesetzte Recht Pflichten und Rechte nicht selbst bestimmt, durch das Gebot von Treu und Glauben eine nötigenfalls vom Richter nach unparteiisch-sorgsamer Prüfung der beiderseitigen Rechtsinteressen festzustellende Mittellinien vorschreibt, unter Hinweis auf die jedesmal zu berücksichtigende, etwa einschlagende Verkehrssitte", „durch die dem Ermessen des Richters von vornherein gewisse feste Anhaltspunkte gegeben werden, die zugleich den Beteiligten es ermöglichen, den Ausfall der Entscheidung einigermassen vorauszusehen und somit von vornherein das eigene Handeln danach einzurichten".[1]) Nach § 242 ist auch in jenen Fällen u. U. eine Anzeige geboten, ist der Warenempfänger u. U. zur Mängelrüge verpflichtet.[2])

Unter Umständen ist dies der Fall, nicht unbedingt und immer. Sind doch die formellen und materiellen Voraussetzungen einer solchen Mängelrüge nach Treu und Glauben nicht in derselben Weise scharf und genau präzisiert, wie in der strengen gesetzlichen Regel des § 377.[3]) Vielmehr ist es möglich, dass derselbe Grundsatz des § 242 B. G. B., der den Käufer in dem einen Falle zur Anzeige verpflichtet, ihn im anderen derselben enthebt. Es sind stets die konkreten Verhältnisse genau zu beachten und zu berücksichtigen.[4])

Wie für die Voraussetzungen einer Mängelrüge nach Treu und Glauben ein weiterer Spielraum gelassen ist, so gilt dies auch von Zeit, Form und Inhalt dieser Mängelrüge. All die Härten, welche die handelsrechtliche Mängelrügepflicht u. U. im Gefolge haben kann, fallen hier fort. Es wird demnach oft eine nach § 377 verspätete Rüge

---

[1]) Schneider D. J. Z. 03 S. 236, 237.
[2]) R. G. 49, 161; O. L. G. 10, 341; Ritter § 377 13 a.
[3]) Staub § 377 Anm. 198.
[4]) Staub § 377 Anm. 196.

hier u. U. noch als rechtzeitig zu gelten haben, eine nach § 377 inhaltlich und formell nicht ordnungsmässige hier u. U. noch als ordnungsmässig zu erachten sein. Aber auch das Umgekehrte ist möglich.

Der Hauptunterschied zwischen der Rüge nach H.G.B. und der nach B. G. B. jedoch besteht in den rechtlichen Folgen, welche die nicht erstattete Rüge nach sich zieht. Während bei der ordnungsmässig erstatteten Anzeige[1]) dort wie hier der Käufer auf keinen Fall Schaden erleidet, vielmehr auch der zur handelsrechtlichen Rüge Verpflichtete all die Rechte hat, die auch dem zur nichthandelsrechtlichen oder überhaupt nicht zur Rüge Verpflichteten ganz allgemein nach B. G. B. bei nicht vorschriftsmässiger Vertragserfüllung zustehen, so sind die Folgen der unterlassenen Mängelrüge nach H. G. B. und B. G. B. sehr von einander verschieden. Dort gilt bei der Unterlassung oder Nichtrechtzeitigkeit der Rüge die Ware stets als genehmigt, d. h. es tritt eine gesetzliche Fiktion ein, gegen die ein Gegenbeweis ausgeschlossen war. Hier dagegen wird die regelmässige Folge höchstens eine Schadensersatzpflicht des Säumigen sein, vorausgesetzt, dass die sonstigen Voraussetzungen für eine solche gegeben sind. Nur unter ganz besonderen Umständen kann auch hier eine Genehmigung der Ware im Schweigen des Empfängers liegen,[2]) welche Genehmigung jedoch — und darin liegt eine wesentliche Abweichung — vom Absender der Ware, als dem, der Rechte aus der Genehmigung herleiten will, zu beweisen ist. — Arglistiges Verschweigen schliesst wie dort, so auch hier jede Genehmigung aus.[3])

[1]) Assmann S. 52 behauptet, auch hier genüge rechtzeitige ordnungsmässige Absendung, die Beförderungsgefahr trüge auch hier der Verkäufer. Dies kann nicht für richtig befunden werden. Da es für die Mängelrüge nach B. G. B. einer dem § 377 IV H. G. B. entsprechenden Bestimmung ermangelt, so muss B. G. B. § 130 in Geltung bleiben. Wie Assmann auch Krüger S. 65.

[2]) Düringer-Hachenburg § 377 X; a. A. Krüger S. 65.

[3]) cf. B. G. B. §§ 443, 460, 463, 476 bis 479, 480, 485.

Was einzelne Fälle im besonderen anbetrifft, so mag hier noch folgendes hervorgehoben werden:

Bei der Zusendung nicht gekaufter Waren sind verschiedene Fälle möglich. Die hauptsächlichsten sind: 1. es kann unbestellte Ware allein zugesandt werden;[1]) 2. es kann unbestellte Ware mit bestellter zusammen zugesandt werden;[2]) 3. es kann die Zusendung erfolgen auf Grund eines nichtigen oder eines später vom Käufer angefochtenen anfechtbaren Rechtsgeschäfts; 4. die Zusendung kann erfolgen in der irrigen Annahme einer Bestellung auf Seiten des Absenders. In allen diesen Fällen ist möglich, dass die Zusendung mit[1]) oder ohne Faktura, in den beiden ersten auch, dass sie als Kaufofferte[3]) oder nur zur Ansicht erfolgte. All diese Fälle sind eventuell nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte verschieden zu beurteilen.[4]) In allen Fällen mit Ausnahme derjenigen, in denen in der Zusendung eine Kaufofferte enthalten ist und diese angenommen wird, in denen dadurch ein Kaufvertrag vorhanden und also unter den sonstigen Voraussetzungen des § 377 die handelsrechtliche Mängelrüge zu erfolgen hat, kann von einer eigentlichen Mängelrüge überhaupt nicht die Rede sein. Nur eine Anzeigepflicht darüber, ob der Empfänger der Ware die Ware behalten und bezahlen wolle oder nicht, kann u. U. nach Treu und Glauben geboten sein. — Speziellere Regeln als die oben genannten können als allgemeingiltig nicht aufgestellt werden. Inwieweit im Schweigen auf eine in derartiger Zusendung unbestellter Ware eventuell liegenden Kaufofferte eine Annahme derselben liegt, ist eine Frage für sich und hat

---

[1]) R. O. H. G. 16, 132.

[2]) Seuff. Arch. S. 57 Nr. 98.

[3]) R. O. H. G. 10, 144.

[4]) Im Fall 1 wird man eine einfache Kaufabschluss- und gleichzeitig Kauferfüllungsofferte zu erblicken haben. Im Fall 2 kann das Gleiche vorliegen; es kann jedoch auch, wenn die unbestellt zugesandten Waren gleicher Art sind, als die bestellten Waren, ein noch oder nicht mehr unter § 378 H. G. B. fallender Quantitätsmangel gegeben sein.

mit der Mängelrüge nichts zu tun. Einen gesetzlichen oder einen gewohnheitsrechtlichen Satz, wonach der Empfänger unbestellter Ware zur sofortigen Anzeige verpflichtet sei, widrigenfalls sein Schweigen als Genehmigung anzusehen sei, wie hierzu mehrfach behauptet worden ist, gibt es nicht.[1][2])

Dass in den Fällen, in denen kein beiderseitiger, sondern nur ein einseitiger Handelskauf vorliegt, wenigstens für diesen das Prinzip des § 377, wenn auch in abgeschwächter Weise gelten muss, wie Staub[3]) früher annahm, kann nicht als richtig befunden werden. Staub selbst hat jetzt seine Ansicht geändert: „Nur das B. G. B. allein und dessen auf die Verkehrssitte hinweisenden Grundsätze über Treu und Glauben können die Verkehrssicherheit gewährleisten.“[4])[5]) — Die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche bei einseitigem Handelskauf zur Anwendung zu bringen, ist nicht angängig, da dieselben nach § 346 H. G. B. nur „unter Kaufleuten“, d. h. nur, wenn beide Teile Kaufleute sind, zu berücksichtigen sind.

---

1) R. O. H. G. 3, 43; Staub § 377 Anm. 199; cf. auch unten S. 18.

2) Über all diese Fragen cf. Assmann a. a. O.; Beer, D. J. Z. 01, 431; Bresgen S. 73 ff; Cosack H. R. 208; Enneccerus B. R. § 387; Düringer-Hachenburg § 377 X; Hanausek S. 215 ff; Joseph D. J. Z. 01, 383; Lehmann-Ring § 377 Nr. 8; Letholz S. 92 ff.; Neumann ad § 147 II 4 a; Roscher S. 13; R. G. Kommentar ad § 151; Staub § 377 Anm. 199 ff; Staudinger ad § 146; Schreiber S. 15; Zittelmann S. 101.

3) Staub S. 6/7 ad § 377 Anm. 154 u. D. J. Z. 02, 24 auch Krüger.

4) Staub S. 8 ad § 377 Anm. 195.

5) cf. auch R. G. 49, 157; Warneyer S. 6 ad § 377 Nr. 1; Schoenfeld im Recht 02, 504; 03, 288.

Thesen.

1. Die Schlafwagengesellschaften haften den Reisenden für Schaden, den diese durch Verlust oder Beschädigung an von ihnen in die Schlafwagen eingebrachten Sachen erleiden, als Gastwirte nach §§ 701 ff. B. G. B.
2. Die elterliche Gewalt steht grundsätzlich beiden Eltern gemeinsam zu.
3. Eine Arrha muss nach § 336 B. G. B. körperlich übergeben werden. Eine Übergabe durch constitutum possessorium gemäss § 930 B. G. B. genügt nicht.
4. Der Gesellschaftsvertrag nach § 705 ff. B. G. B. ist ein gegenseitiger Vertrag.
5. Unter Ablieferung i. S. des § 377 H. G. B. ist derjenige einseitige Akt des Verkäufers zu verstehen, durch den dieser dem Käufer die Erfüllung seiner ihm nach dem Vertrage obliegenden Pflichten der Besitz- und Eigentumsübertragung an der gekauften Sache in der Weise anbietet, dass jener in der Lage ist, die ihm angebotene Erfüllung sofort anzunehmen.
6. Soll eine Mängelrüge dem Verkäufer durch einen Postbrief übermittelt werden, so braucht dieser Brief nicht eingeschrieben, wohl aber muss er frankiert werden.

Lebenslauf.

Ich, Georg Christian Martin Gotthold Gabriel, bin geboren am 17. April 1883 zu Weissenschirmbach, Kreis Querfurt, Prov. Sachsen, als Sohn des Pfarrers Friedrich Gabriel daselbst und dessen verstorbener Ehefrau Therese geb. Lange. Ich bin evangelischer Konfession. Nachdem ich zunächst teils in der Dorfschule, teils vom Vater unterrichtet war, kam ich 1896 auf die lateinische Hauptschule in den Franckeschen Stiftungen. Von dort ging ich Michaelis 1902 nach der Klosterschule Rossleben a. U., woselbst ich im März 1906 das Abiturientenexamen bestand. Während ich darauf meiner Militärpflicht in Halle a. S. genügte, liess ich mich gleichzeitig daselbst immatrikulieren, um Rechts- und Staatswissenschaft zu studieren. Im Oktober 1910 bestand ich vor dem Kgl. Oberlandesgericht in Naumburg a. S. die erste juristische Prüfung und wurde darauf dem Kgl. Amtsgericht in Querfurt zur Beschäftigung überwiesen. Das Examen rigorosum legte ich am 28. September 1911 ab.